



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

재중탈북자에 관한
국제법상 쟁점 검토
-중국 탈북자 정책에 대한
법적 분석을 중심으로-

2018년 2 월

서울대학교 대학원

법학과 국제법 전공

왕 양

국문초록

90년대에 발생한 조선민주주의인민공화국(이하 “북한”으로 약칭)의 식량난은 탈북자 급증으로 이어졌으며, 이는 여러 국가의 국내 문제 및 외교 마찰로 이어졌다. 다양한 원인으로 탈북자의 수는 계속해서 증가해왔으며, 여전히 상당한 수의 관련 문제가 미결로 남아 있다.

중국과 한국을 포함한 국제 사회 모두 탈북자 문제에 많은 관심이 있으나 큰 견해 차이로 인해 효과적인 해결 방안을 제시하지 못하는 실정이다. 그중에서도 탈북자 문제 해결의 가장 중요한 역할을 맡았다고 할 수 있는 중국의 입장을 연구할 필요가 있을 것이다. 긴 세월 동안 수십만 명의 재중 탈북자들은 취약한 환경에서 망명 생활을 유지하고 있고 그들의 인권도 제대로 보장받지 못하고 있다. 본 연구는 탈북자 문제가 매우 복잡하면서도 시급한 문제인 것을 고려하여 원만한 해결에 기여할 방법, 특히 중국 측의 법적 해결 방법을 모색하고자 시작되었다.

북한과 국경을 접하고 있는 중국의 역할이 해당 문제에 있어 상당히 중요함을 염두 할 때, 이에 대한 중국 정부의 태도가 어떠한지를 파악하고 이를 법적으로 분석하는 것은 상당히 중요할 것이다. 이를 위해서는 탈북자의 국제법상 지위가 먼저 검토되어야 하며, 이후 중국의 강제송환을 비롯한 관련 정책의 국제법 위반 여부를 다룰 것이다.

보다 구체적으로 제2장에서 재중 탈북자들에 대한 중국 정부의 태도를 관련 사례, 정부 문서, 또 중국 국내법을 세 가지를 통하여 본 논문의 연구 대상을 살펴봤다. 그중에서 중국 국내법을 위주로 소개하여 중국 정부에 유일하게 난민 지위를 받은 “인도차이나 난

민”의 인정절차와 법적 근거를 분석한다. 그리고 미얀마 월경자 문제를 처리했을 때의 중국 측 법적 근거와 실제 상황을 소개한다. 특히 “인도차이나 난민” 및 “미얀마 월경자”와 탈북자 문제를 비교하여 그 시사점을 관련 중국 국내법에 적용 가능할지도 개선 방안 부분에서 분석할 것이다.

나아가 중국 정책을 국제법적 시각으로 분석하기 위해선 우선 재중탈북자의 국제법상 지위를 검토해야 할 것이다. 따라서 제3장에서는 탈북자의 지위를 둘러싸고 주로 거론되는 난민, 이주자, 위임난민, 현지난민, 비호 신청자 등 국제사회에서 보호의 대상이 되는 몇 가지 신분 요건을 살펴본다. 또한, 이를 토대로 재중 탈북자에 적용 가능한 신분 요건을 연구할 것이다. 재중탈북자가 협약 난민이 아니어도 위임난민, 현지난민, 그리고 비호 신청자로서 중국 정부로부터 기본적인 보호를 받을 권리가 있을 것으로 생각한다.

제4장에서는 재중탈북자에 대한 중국 입장을 국제법적 차원에서 분석할 것이다. 특히 탈북자를 강제송환하는 법적 근거인 중국과 북한이 체결한 중조양변의정서, 국제법상 강제송환금지 원칙, 그리고 중국의 난민 보호 의무의 측면에서 분석한다. 분석의 결과 해당 의정서가 협약 시의 강행 규범 위반이 아니므로 국제법상 유효하다는 판단에 이르렀다. 그러나 탈북자들의 국제법적 신분을 판단하는 절차 없이 북한으로 강제송환하는 것은 관습 국제법인 강제송환금지 원칙의 위반으로 평가된다. 따라서 해당 의정서 자체가 무효화 되지 않는다 할지라도, 이는 관습 국제법 위반이므로 관련 국제법에 합치한다고 보기 어렵다. 이에 근거하여 관습 국제법과 조약 의무 중에 어떤 것이 우선하는지에 대한 상세한 검토도 추가될 것이다. 또한, 탈북자 발견 시 사실 조사 및 난민 선별 절차 없이 북한으로 강제송환하는 행위는 중국이 체결한 <고문방지협약>상의 강제송환금지 원칙 위반에 해당한다. 더 나아가 재중탈

북자는 UNHCR 또는 중국 정부에 비호를 신청하는 경우 비호 신청자로서 중국에서 일정 보호를 받을 권리가 있다. 이 외에도 <고문방지협약>을 비롯해 중국이 체결한 일련의 국제인권 조약상 의무 역시 이행되어야 할 것이다.

재중탈북자에 관한 중국 정책에 대한 법적 분석을 바탕으로 제5장에서 가능한 개선 방안을 제안하고자 했다. 중국 국내법적 측면에서 난민에 관한 중국 특별법이나 특별 규정이 없는 실정을 고려하여 시급하고 적절한 중국 난민 인정 절차 도입을 대안으로 제시했다. 입법의 절차가 복잡하고 사실상 정치적인 어려움이 있음을 고려하여 일단 중국 국무원 법규의 형식으로 조속히 난민 관련 법규를 만들도록 제안했다. 또한, 중국이 이에 적극적으로 응할 가능성이 적음을 고려할 때, 먼저 중국 측의 잠정적 보호를 요청하고, 추후 제3국으로 “재정착” 하는 방안은 더 효율적일 것으로 예측된다. 국제법적 측면에서 중국 정부의 국제협약상 의무와 UNHCR과의 협력 의무의 이행을 촉구할 수 있을 것이다. 이러한 해결 방안 제시를 통해 중국의 탈북자 정책이 국제법에 합치하는 방향으로 실행되어, 궁극적으로 향후 탈북자 문제의 해결에 기여할 것으로 기대한다.

주요어 : 재중탈북자; 난민법; 강제송환금지 원칙; 중국 입장; 법적 분석; 국제법적 지위; 해결 방안.

학 번 : 2014-25170

목 차

제 1 장 서론	1
제 1 절 연구 목적 및 필요성	1
제 2 절 연구 방법 및 논문 구성	2
제 2 장 재중 탈북자에 대한 중국 정부 입장	5
제 1 절 재중 탈북자에 대한 처리	5
1. 강제송환	6
2. 제3국 추방	7
3. 사실상 체류 묵인	8
제 2 절 관련 정부 문서	8
1. 중국 외교부 대변인 발언	9
2. 주재 외교 공관을 친입한 탈북자에 대한 정부 서한	12
3. 중국 길림성 공안청 답장	15
제 3 절 관련 중국 국내법	17
1. 헌법 조항	18
가). 1949년 헌법 제60조	18
나). 1954년, 1975년, 1978년 헌법	18
다). 1982년 헌법 제32조 제2항	19
라). 소결	19
2. 출경입경관리법 조항	20
가). 1985년 외국인입경출경관리법 제15조	20
나). 2012년 <출경입경관리법> 제46조	21
다). 인도주의에 관한 규정	22
3. 긴급상황대응법	24
4. 소결	27

제 3 장 재중 탈북자의 국제법적 지위	31
제 1 절 협약 난민 해당 여부	32
1. 협약 난민 정의	32
2. 해당 여부 분석	33
가). 박해를 받을 충분한 근거가 있는 두려움	33
나). 국적국 또는 상주국 밖에 있는 자	37
다). 국적국 보호의 부재	38
제 2 절 경제적 이주민 해당 여부	40
1. 경제적 이주민 정의	41
2. 해당 여부 분석	43
제 3 절 소결: 잠정적 보호자 해당	44
1. 위임난민	46
2. 비호 신청자	48
3. 현지난민	50
 제 4 장 중국 정부 입장에 대한 국제법적 검토	52
제 1 절 중조양변의정서를 통한 검토	52
1. 중조양변의정서 관련 조항	52
2. 해당 조항 국제법 위반여부 평가	57
제 2 절 강제송환금지 원칙을 통한 검토	60
1. 난민협약상 강제송환금지 원칙	61
2. 고문방지협약상 강제송환금지 원칙	63
3. 기타 협약상 강제송환금지 원칙	67
제 3 절 인권조약상 의무를 통한 검토	69
1. 인권조약의 국내법적 이행 의무	69
2. 인권조약에 따라 UNHCR과의 협력 의무	73
3. 인권조약 불이행에 대한 국가책임 추궁	76

제 5 장 중국 국내법 및 조약 이행 개선 방안 검토 79

제 1 절 중국 국내법에 대한 개선 방안 79

1. 현행 국내법 조문의 적용 79

가). 출경입경관리법의 적용 80

나). 긴급상황대응법의 적용 82

2. 난민특별법 입법 제안 85

가). 난민인정절차 도입 85

나). 사실 확정 문제 87

3. 잠정적 보호자로서 보호 90

가). 자발적 본국귀환과 현지 동화 91

나). 잠정적 보호와 재정착 93

제 2 절 조약상 의무 이행 강화 방안 96

1. 인권조약상 의무 이행: 사법 해석 96

2. UNHCR과의 협력 98

제 6 장 결론 102

참고문헌 104

부록 111

Abstract 121

제 1 장 서론

제 1 절 연구 목적 및 필요성

재중탈북자를 비롯하여 난민 및 난민과 유사한 사람들에 대한 중국 법규는 주로 개괄적이고 상징적인 정치 난민의 비호(庇護) 조항을 몇 개만 두고 있다. 난민에 대한 중국 측 특별 보호 법규나 특별법은 미비하다. 중국의 기존 연구는 주로 난민법 이론, 예를 들어, Liang Shuying(梁淑英)과 Liu Guofu(刘国福)의 <국제난민법>⁽¹⁾, <중국난민법>⁽²⁾ 등의 교과서가 있다. 비호, 강제송환금지 원칙에 대한 개별적 이론 연구도 있다. 대표적 연구는 Wu Di (吴迪)의 “비호 법률제도에 관한 연구”⁽³⁾가 있다. 난민에 대한 세부적인 특별 연구는 Zheng Jiancheng(郑建成)의 “화교부터 난민으로: 중국 인도차이나 난민 정책의 형성(1978~1979)”이 대표적이다.⁽⁴⁾ 또한, Huang Zhixiong(黄志雄), Hu Jiansheng(胡健生)가 저술한 “The International Legal Status of North Korean Escapees and China’s Relevant Policies”⁽⁵⁾가 있지만, 신문 기사 형식으로 구성되어 상세히 다루지 못했다. 난민 이론과 중국의 난민 관련 정책을 재중탈북자 문제에 적용하여 구체적으로 분석하는 연구는 없다.

(1) 刘国福, 《国际难民法》, 世界知识出版社, 2015; 梁淑英, 《国际难民法》, 世界知识出版社, 2009.

(2) 刘国福, 《中国难民法》, 世界知识出版社, 2015.

(3) 吴迪, “庇护的法律制度研究”, 华东政法大学, 2013, 法学院, 博士毕业论文.

(4) 郑建成, “从难侨到难民: 中国印支难民政策的形成(1978-1979)”, 暨南大学, 2015, 法学院, 博士毕业论文.

(5) 黄志雄, 胡健生, “论朝鲜脱北者的国际法地位及我国的对策”, 《时代法学》, 2014, Vol.12, No.5.

또 한국의 기존 연구들을 읽어 보면 탈북자와 관한 연구가 많지만 주로 탈북자의 국제법적인 지위를 검토하고 중국의 강제송환 정책이 국제법에 위반임을 비판하는 단계에 머물러 있다. 중국의 난민 관련 법률이나 정책이 구체적으로 어떻게 부족한지, 세부적으로 기존 중국법을 탈북자 문제에 적용 가능성을 검토하는 연구는 찾아보기 어렵다.⁽⁶⁾ 따라서 중국의 실정에 맞는 법적 해결 방안을 도출하기 위한 실제적인 연구가 뒷받침되고 있지 않은 실정이다.

중국 정부, 한국 정부, 북한 정부는 지금까지 해당 문제에 접근하는데 본국의 의견만을 강조해 왔다. 따라서 국제법에 따라 탈북자에 적용 가능한 국제법적 신분을 검토하고 중국 정부의 입장을 분석하여 합법적이고 실현 가능한 해결 방안을 모색하는 것이 요청된다. 본 논문은 한국과 중국의 기존 연구를 바탕으로 그간의 연구 공백을 채우고 재중탈북자 문제의 해결에 기여하고자 한다.

제 2 절 연구 방법 및 논문 구성

본 연구는 최근의 자료를 토대로 재중탈북자 사례를 간략히 소개한 후 그 사건들의 처리 결과를 통해 중국 정부의 태도를 밝힌다. 또 탈북자와 관련된 중국 외교부 대변인의 많은 발언을 요약하여 연구 대상인 중국 정부의 태도를 알아낸다. 탈북자 문제와 같은 국제적 쟁점은 법적 성격보다 정치적 성격이 더 강하다는 특징을 고려할 때, 재중탈북자 문제에 대한 각 국가의 입장을 분석하는 것은 가장 합법적이고 합리적인 해결 방안을 모색하기 위한 첫걸음이 될 것이다. 그중에서도 중국이 해당 문

(6) 한: 대표적인 연구는 통일연구원 연간 학술지 <북한인권백서>, 또 정인섭, 장복희, 이규창, 조정현, 윤여상 등 학자들의 논문을 위주로 진행되어 있다.

제에 갖는 영향력을 고려하여 국제법상 비호 및 강제송환금지 원칙을 재중탈북자에 관한 중국 정부의 정책에 적용하여 비교 분석할 것이다.

보다 구체적으로 살펴보면, 제2장에서는 우선 이 논문 분석의 대상인 중국의 탈북자 정책을 연구한다. 재중탈북자 실제 처리 사례, 중국 외교부 대변인 발언, 탈북자와 관련된 중국 국내법 등 세 가지로 나누어서 살펴본다. 1990년대에는 중국은 주로 탈북자들의 거주를 묵인하고, 그들이 범죄를 저지르지 않는 한 강제송환하지 않았다. 그러나 일련의 탈북자들의 중국 주재 외국 대사관 침입 사건 이후, 중국은 일괄적으로 탈북자의 난민 지위를 부정하고 경제이주민 및 불법 월경자로 대우하고 있다. 이에 있어 중국은 국가의 사법 주권을 강조하며 탈북자에 대한 조치가 국내법과 국제법 및 인도주의에 의한 처리 방식이라고 주장했다.

그뿐만 아니라, 중국 정책을 국제법적 시각으로 분석하려면 우선 재중탈북자의 국제법상 지위를 알아내야 한다. 따라서 제3장에서 난민(정치난민이나 협약 난민)을 비롯한 위임난민, 현지난민, 비호 신청자 등 국제사회에서 보호를 받을 수 있는 몇 가지 신분의 요건을 살펴본다. 또 재중탈북자에 적용 가능한 신분 요건을 검토한다.

제4장에서는 탈북자 문제에 적용될 가능성이 가장 높은 중국의 정책을 국제법에 의거 분석하기로 한다. 특히 중국과 북한이 체결한 ‘중국과 북한 간 변경지역의 국가안전과 사회질서 유지업무를 위한 상호협력의정서’(中华人民共和国公安部朝鲜民主主义人民共和国国家安全保卫部关于在边境地区维护国家安全和社会秩序的工作中相互合作的议定书, 이하 ‘중조양변의정서’)⁽⁷⁾의 효력, 국제법상 강제송환금지 원칙, 그리고 중국의 난민 보호 의무의 시각에서 분석한다. 특히, 중조양변의정서의 유효성을 검토

(7) 1998년 7월 8일 북경에서 채택하고 1998년 8월 28일에 발효했다. 유효 기간이 20년이고 서면으로 반대 의사 표기가 없으면 5년씩 자동으로 연장된다. 의정서 중국어 원문을 부록으로 별첨하다.

하면서 해당 의정서가 강행 규범 위반인지의 여부를 검토할 것이다. 이는 강행 규범에 위반되는 국제 협약은 그 존립이 불가하다는 조약법상 원칙에 근거한다. 또한, 관습 국제법과의 합치 여부도 살펴볼 것이다. 이외에도 중국의 강제송환 정책이 과연 난민협약 및 고문방지협약 상의 강제송환금지 원칙에 합치되는지도 반드시 검토되어야 한다.

이 같은 중국 정책에 대한 법적 분석을 바탕으로 제5장에서는 가장 실현 가능한 해결 방안을 제시하고자 한다. 이는 주로 중국 측에서의 국내 법적 또는 정책적 접근방식의 변화를 요청한다. 특히, 현재 중국 내 난민에 관한 특별법 및 특별 규정이 전혀 없는 실정을 고려하여 적절한 중국 난민 인정 절차 도입을 대안으로 제시하고자 한다. 입법의 절차가 복잡하고 사실상 정치적인 어려움도 감안하여 법률보다 일단 중국 국무원 법규의 형식도 합리적일 것으로 사료된다. 이 외에도, 중국이 체결한 국제협약 상 의무 이행과, ‘유엔 난민 고등 판무관 사무소 (United Nations High Commissioner for Refugees: UNHCR)’와의 협력 증진을 통해 법의 사각지대에 놓인 탈북자들의 상황 해결에 기여할 것을 기대한다.

제2장 재중 탈북자에 대한 중국 정부 입장

제 1 절 재중 탈북자에 대한 처리

1950년대 남북 분단 초기 당시 탈북자(脫北者)의 수는 많지 않았으며, 이들은 대부분 정치적 이유로 북한⁽⁸⁾ 지역을 이탈한 사람들이었다. 그러나 1970년대에 들어 대한민국의 급속한 경제성장으로 인해 남북의 경제 격차가 심해지고 북한에서는 만성적 경제난이 계속되면서 탈북자들의 성격이 정치적 망명에서 경제적 이주로 점차 바뀌게 되었다.⁽⁹⁾ 이에 근거하여 중국은 탈북자가 난민이 아닌 “경제적 이주자”임을 주장하며 중국과 북한이 체결한 중조양변의정서에 의거 이들을 북한으로 강제송환하고 있다.

최근, 특히 2010년 이후 기근 문제가 완화되었다는 분석이 있음에도 불구하고, 여러 이유로 탈북자들의 수는 줄지 않고 있다. 대부분 탈북자는 한국을 목적지로 탈북하나 각양각색 어려움으로 부득이 중국에서 취약한 은신 생활을 하고 있다. 이 같은 재중 탈북자의 수는 통일부 추산 약 3만 명에서,⁽¹⁰⁾ 약 10~30만까지 다양하게 추산된다.⁽¹¹⁾

(8) 대한민국(ROK)과 조선민주주의인민공화국(DPRK)은 독립한 국가로서 유엔을 가입했으나 서로 국가 승인을 하지 않고 휴전 상태에 있어서 한국(ROK)에서 DPRK를 “북한”으로 부르고 있다.

(9) 박병도(2012), “재중 탈북자와 국제난민법”, <법학논총>, Vol.19, No.1, p.36.

(10) 한국 통일부 자료. 북한이탈주민 입국 현황(16.12월말 입국자 기준)을 참조.

구분	09	10	11	12	13	14	15	16	합계
남(명)	662	591	795	404	369	305	251	299	8802
여(명)	2,252	1,811	1,911	1,098	1,145	1,092	1,024	1,119	21,410
합계(명)	2,914	2,402	2,706	1,502	1,514	1,397	1,275	1,418	30,212

(11) Jaeng Saeng Bae, Seryon Lee(2008), “Human Rights Accountability for North Korean Escapees”, 전북대학교 법학연구소, <법학연구>, 27, p.185.

중국 정부는 주로 북한 정부와 체결한 양변 조약을 따라 상당수의 탈북자를 북한으로 강제송환한다. 또는 국제적 여론을 의식하여 일부를 외국으로 추방하고 그들이 외국 주재 한국 대사관을 통해 남한으로 가는 경우도 빈번했다. 대표적 사례에 대한 고찰은 이들에 대한 중국 측 입장을 보여주는 역할을 할 것이다.

1. 강제송환

2017년 7월 24일 조선일보는 “일주일 전에 북한을 탈출해 한국으로 향하던 (북한) 노동당 간부 일가족 5명이 중국 공안에 체포돼 강제 북송 위기에 처하자 집단 자살한 것으로 알려졌다”고 보도했다.⁽¹²⁾ 해당 사건 이후, 2017년 7월 21일 ‘유엔 북한 인권 특별 보고관 (Special Rapporteur on the situation of human rights in the Democratic People’s Republic of Korea)’ Tomas Ojea Quintana는 중국의 탈북자 강제송환 중단을 호소했다. 그는 중국이 1954년 4월 22일 발효한 ‘1951년 난민의 지위에 관한 협약 (1951 Convention Relating to the Status of Refugees: 1951년 난민 협약)’의 당사국임을 기억할 것을 촉구했으며, 중국에서 강제송환된 탈북자의 수가 증가하고 있는 상황에서 중국이 자국 영역을 통과하는 조선공민에게 특별 보호 조치를 제공하도록 요청했다.⁽¹³⁾

이어서 7월 24일 중국 외교부 정례 기자회견에서 루캉(陆慷) 외교부 대변인은 해당 Tomas Ojea Quintana의 호소에 대해 불법 경로로 중국 영역에 들어온 조선인은 난민이 아니며, 중국 국내법을 위반했을 뿐이라

(12) http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2017/07/24/2017072400237.html 조선일보, 2017/07/24 기사. (검색일: 2017/10/17).

(13) <http://cn.rfi.fr/中国/20170721-联合国朝鲜人权特别报告员：望中国停止遣返脱北者>, 프랑스 국제 라디오 공식 사이트, (검색일: 2017/10/17)

고 언급했다. 또한, 중국 정부는 늘 국내법, 국제법 및 인도주의 원칙에 따라 불법 입경 조선인 문제를 처리해 왔다고 덧붙였다. 또한, 그는 유엔 인권기구가 유엔 헌장의 취지 및 원칙을 준수하고 객관적이며 공정하게 직무를 수행해야 하며, 중국 사법 기관의 정상적 법집행 행위를 존중해야 한다고 비판했다.⁽¹⁴⁾ 재중탈북자의 강제송환 문제는 해당 사건에서도 해결의 실마리가 쉽게 보이지 않는 듯 했다.

2. 제3국 추방

이 외에도, 상당수의 탈북자는 중국을 떠나 제3국(주로 한국)으로 입국했다. 탈북자 수가 가장 많았던 21세기 초, 탈북자들이 중국 주재 외국 공관을 침입하여 국제 여론을 무시할 수 없는 중국이 제3국으로의 출국을 허가하도록 하는 방식이었다. 2002년 3월 중국에 체류하던 탈북자 25명은 중국 주재 스페인 대사관에 진입하여 외교 비호를 요청했다. 이를 계기로 2002년 한 해 동안에도 100여 명의 탈북자가 중국 주재 미국, 캐나다, 일본과 주로 서유럽의 대사관 또는 영사관에 진입하여 외교 비호를 요청했다.⁽¹⁵⁾

이 같은 탈북자들의 행동에 대항하여, 중국 정부는 2002년 5월 31일자 외교 공한을 통하여 대사관 또는 영사관은 외교적 비호권이 없다는 국제법 원칙에 따라 각국 대사관 또는 영사관에 진입한 불법 침입자들(illegal intruders)을 발견 즉시 중국의 보안 당국에 인계하도록 요청하였다.⁽¹⁶⁾ 또한, 전국적인 탈북자 색출 정책을 추진하였으며 중국과 북한 국

(14) http://www.fmprc.gov.cn/web/fyrbt_673021/jzhsl_673025/t1479636.shtml 중국 외교부 공식 사이트, (검색일: 2017/10/17).

(15) 박상봉(2003), “중국내 탈북자 현황, 정책 및 전망”, <새로운 차원에 접어든 북한난민문제의 해결과 접근>, 서울, 한국해양연구소, p.49.

경 단속 및 순찰을 강화하였다. 특히 외국공관 진입을 철저히 감시했다.

그러나 중국 주재 외교 공관에 진입한 탈북자 문제에 대한 각국 외교 공관의 교섭 노력 및 국제 여론의 항의 역시 계속되었다. 따라서 이들을 ‘국내법, 국제법 및 인도주의 정신에 따라’ 동남아 국가 등 제3국으로 추방하고 이후 이들이 동남아 국가 주재 한국대사관을 통해 한국으로 가는 사례도 많이 확인되었다.⁽¹⁷⁾

점차 중국 정부는 이러한 외국 공관에 진입한 탈북자에 대한 외교적 비호를 인정하지는 않고 있으나 북한으로 송환하는 행위도 자제했다. 사실 탈북자가 중국주재 외국 공관에 진입하여 외교적 비호를 요청하는 것은 국제법에 합치된다고 보기 어렵다. 비호는 영토적 비호와 외교적 비호로 구분하는데, 영토적 비호는 영토주권행사의 하나로 간주될 수 있으나 외교적 비호는 영토주권에 의하여 위임받은 하위의 법적 근거에 의하여 행사되고 있기 때문이다.⁽¹⁸⁾ 영사재판권이 없어진 현대 국제 사회에는 외교 공관은 가끔 정치범을 일시적으로 비호할 수 있지만, 난민이나 불법 월경자에게 비호를 제공할 수 없다는 것이 일반적인 평가이다. 드래서 재중탈북자들의 비참한 은신 생활이 가끔 국제적 시선과 여론을 일으켜서 외교적 경로를 통해 특별하게 제3국으로 추방하는 식으로 처리될 수 있지만, 이는 결코 확립된 원칙에 의거한다고 볼 수 없는바, 따라서 장기적인 문제 해결 방안이 요청된다.

3. 사실상 체류 묵인

(16) 중국 외교부 자료(2002), LINGSIZI NO. 694. “Letter from Chinese Ministry of Foreign Affairs to Foreign Embassies, May 31, 2002” .

(17) Human Rights Watch, “The Invisible Exodus: North Koreans in the People’s Republic of China” , <North Korea>, Vol.14, No.8. p.29.

(18) 장복희, “국제법상 비호권에 관한 연구” , <법학연구>, Vol.1, No.1, pp.2~4참조.

중국과 북한 접경 지역 근처 시골 지방에는 약 10만에서 30만 정도의 탈북자들이 거주하는 것으로 추산된다.⁽¹⁹⁾ 이들은 중국 공안에 신분이 노출되지 않는 한도 내에서 해당 지역에서 생존해나가고 있다.⁽²⁰⁾ 중국 정부는 이들을 불법 월경자로 간주하고 있지만, 치안의 혼란과 범죄 활동 등의 신고가 없으면 사실상 이들의 거주를 거의 용인하고 있는 것으로 보인다. 또한, 일부 중국인들은 이들의 상황에 연민을 하고 있으며, 따라서 중국 정부의 구체적인 요청이 없는 한 이들의 거주를 암묵적으로 용인한다는 분석도 확인된다.⁽²¹⁾ 그럼에도 불구하고, 합법적 신분 없이 접경지역에 거주하고 있는 대부분 탈북자는 인권 유린 등을 포함한 다양한 위협에 노출되어 있다. 그중에서도 특히 여성 및 아동의 생존 상태는 매우 취약하며 이들을 대상으로 하는 범죄 역시 이미 광범위하게 확인되고 있다.

제 2 절 관련 정부 문서

외교부는 한 국가 정부의 입장을 공식적으로 발표하는 기관이다. 탈북자 문제에 대한 중국 정부 입장을 밝히기 가장 직접적인 방법은 바로 중국 정부 외교부 대변인의 발언을 분석하는 것이다. 따라서 최근 몇 년 동안 중국 외교부 대변인의 발언 원문을 번역하여 아래와 같이 나열하고 설명한다.

(19) Jaeng Saeng Bae, Seryon Lee (2008). Human Rights Accountability for North Korean Escapees. 법학연구, 27, p.185.

(20) 南都周刊(2013.12.20.), 《朝鮮來客》, <http://news.sina.com.cn/c/sd/2013-12-20/144529038770.shtml>.

(21) 정유진(2010), “Analysis of China’s Policy toward North Korean Defectors”, 서울대학교 국제대학원, 석사 졸업 논문, p.16.

1. 중국 외교부 대변인 발언⁽²²⁾

2012년 2월 22일 중국 외교부 정례기자회견에서, 다음과 같은 질문이 제기되었다. 한국 지도자들은 중국이 불법입경조선인 문제에 있어 관련 국제조약상 의무를 이행하지 않았음을 주장하며, 이 문제를 논의하기 위해 유엔인권이사회에 회부하는 것을 고려 중인 상황에서 이에 대한 중국의 의견을 물은 것이다. 이에 대해 중국 외교부 대변인 중국이 늘 국내법, 국제법과 인도주의에 따라 불법 월경조선인 문제를 신중히 타당하게 처리해 왔으며, 이는 각 국가의 이익 및 국제관행에 부합한다고 주장했다. 또한, 유엔인권이사회는 이와 같은 문제를 논의하는 장소가 아니며, 따라서 불법월경조선인 문제를 난민화, 국제화, 정치화하는 것에 반대한다고 강조하였다. 이는 앞서 검토한 2017년 루캉 외교부 대변인의 입장과 거의 차이점이 없었다. 즉, 중국 측은 일관되게 탈북자 문제를 경제적 불법 월경자의 관점에서 파악하고 있음을 알 수 있다.

이후 2012년 11월 14일 중국 외교부 정례 기자 회견에서도 중국의 불법 입경 조선인 송환에 대한 질문이 있었다. 이에 대해 중국 측은 앞선 의견과 거의 같은 내용의 진술을 반복하였다. 즉, 중국은 국내법, 국제법 및 인도주의 원칙에 따라 불법 입경 조선인 문제를 처리해 왔다는 것이다. 또한, 유엔인권이사회가 북한 인권 문제에 관한 보고서를 제출한 것에 대해, 인권문제에 관한 상호 의견의 차이는 평등과 상호 존중을 바탕으로 한 건설적인 대화를 통해 해결되어야 한다고 주장했다. 또한, 인권 문제의 정치화와 인권을 핑계로 한 타국에의 압력 행사에 반대한다

(22) http://www.fmprc.gov.cn/web/fyrbt_673021/jzhsl_673025/default_2.shtml 중국 외교부 대변인 정례기자회견 공식 사이트.

고 언급하였다. 또한, 관련 당사자들이 대화와 협력을 강화하고 한반도의 평화와 안정 및 인권의 증진과 보호를 위해 함께 노력하길 바란다고 덧붙였다.

이후 2016년 4월 11일 중국 외교부 정례기자회견에서는 당시 발생한 중국 주재 조선 노동자의 제3국으로의 진입이 문제가 되었다. 당시 중국 식당에서 일하고 있던 13명의 북한인이 이에서 벗어나 한국으로 도착한 사실에 있어, 과연 중국이 이에 개입 또는 지원했는지의 문제가 제기된 것이다. 이에 대해 중국 측은 이들이 유효한 여권을 가지고 출국했을 뿐, 이는 불법월경조선인의 문제와 연관될 수 없다고 설명했다. 또한, 불법 월경 조선인 문제에 대해 국내법, 국제법 및 인도주의 원칙에 따라 타당하게 처리하고 있다고 재언급하였다.

이후, 2017년 7월 24일 중국 외교부 정례기자회견에서 다음과 같은 질문이 제기되었다. UNHCR이 최근 중국에 있는 수많은 탈북자들의 구금과 강제송환에 대해 중국의 탈북자 강제송환 중단을 요청한 것에 대한 중국 측의 입장을 요구하는 것이었다. 이에 중국 측은 중국으로 불법 입국한 조선인은 난민이 아니며 중국 국내법을 위반하여 불법 입국했을 뿐이라고 답변했다. 즉, 중국 정부는 국내법, 국제법 및 인도주의원칙에 따라 조선인의 불법 입국 문제를 타당하게 처리해 왔으므로 유엔인권기구는 유엔 헌장의 목적과 원칙에 따라 공정하고 객관적으로 직무를 수행하고 중국 사법부의 정상적 법 집행 행위를 존중해야한다는 입장이었다.

이 같은 일련의 중국 측 입장은 다음과 같이 요약될 수 있을 것이다. 재중탈북민은 난민이 아닌 불법 입국자일 뿐이며, 중국 정부는 국내법, 국제법 및 인도주의 원칙에 따라 조선인의 불법 입국 문제를 타당하게 처리해 왔다는 것이다. 여기서 언급되는 국내법, 국제법, 및 인도주의

원칙이 구체적으로 무엇에 해당하는지에 대해선 중국 측의 해명을 확인할 수 없다. 또한, 이 같은 해명은 매우 추상적이고 모호한 설명에 불과하므로, 중국 측이 이에 답변하려는 실제적인 노력을 했다고 보기 어려울 것이다.

2. 주재 외교 공관을 친입한 탈북자에 대한 정부 서한⁽²³⁾

다음은 중국 정부가 2002년 5월 31일 주재 외교 공관에 보낸 서한의 내용이다.⁽²⁴⁾ “최근에 제3국 국민이 중국주재 외국 대사관 및 영사관에

(23) Human Rights Watch(Organization), “The invisible Exodus: North Koreans in the People’ s Republic of China.” , Vol.14, No. 8. p.35. (LETTER FROM CHINESE MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS TO FOREIGN EMBASSIES, MAY 31, 2002)

(24) To all foreign embassies in China: he Consular Department of the Ministry of Foreign Affairs of the People’ s Republic of China presents its compliments to all foreign embassies in China and has the honor to inform the following: Recently the events occurred in succession that the third country nationals intruded into foreign embassies and consulates in China. This directly endangered the security of the embassies and consulates concerned and disturbed their routine work. It also provoked Chinese law and affected the public security and stability of China. Upon the request of many foreign embassies and consulates in China, the Chinese side has taken a series of measures to protect the security of foreign diplomatic and consular representing institutions. These security measures are in conformity with the interests of both sides. In the future the Chinese side will make great efforts as always to provide safe working and living environment for foreign embassies and consulates, and conscientiously undertake due obligations as receiving country in accordance with “Vienna Convention of Diplomatic Relations” and “Vienna Convention of Consular Relations” . According to the principle of international law that embassies and consulates has no right of asylum, the Chinese side also wishes embassies concerned to render cooperation and inform the Consular Department of Chinese Ministry of Foreign Affairs incase the illegal intruders were found, and hand over the intruders to the Chinese public security organs. The above-mentioned principle is also applicable in dealing with the intruders into foreign consulate institutions. May 31, 2002, Beijing

침입한 사건이 연속적으로 발생했다. 이는 대사관과 영사관의 안전을 위협하고 일상적인 업무를 방해했다. 또한, 중국 국내법을 자극하고 중국의 공공 안전과 사회 안정성에 영향을 미쳤다. 중국주재 많은 외국 대사관 및 영사관의 요청에 따라 중국 측은 외국 외교관 및 영사관 대표 기관의 안전을 도모하기 위한 일련의 조치를 취했다. 이러한 보안 수단은 각방의 이익에 부합한다. 중국 측은 항상 외국 대사관 및 영사관의 안전한 근무 환경과 생활 환경을 제공하는 데 큰 노력을 기울일 것이며 “외교 관계에 관한 비엔나협약” 및 “영사 관계에 관한 비엔나 협약”에 따라 접수국의 의무를 철저히 이행할 것이다. 대사관과 영사관에게 비호권이 없다는 국제법 원칙에 따라 중국 측도 각국 대사관 측의 협력을 촉구하고 불법 침입자가 발견된 경우 중국 외교부 영사부에 알리고 침입자를 중국公安 기관에 이송하기를 바란다. 위의 원칙은 외국 영사 기관 침입자를 대할 때도 적용된다.” (25)

2002년 5월인 날짜와 이 논문 앞에 소개했던 제3국 추방의 내용을 비교해 보면 이 편지 안에 “제3국 국민”과 “불법 침입자”는 중국 주재 대사관을 침입한 탈북자를 이르는 것을 알 수 있다. 이에 대해 중국은 주로 사회 질서의 안정성을 주장하며 북한으로 송환하거나 제3국으로 추방하는 등의 일련의 조치를 취해 왔다. 이 편지에서도 중국이 재중 탈북자 문제를 다룸에 있어 난민이라는 용어를 쓰지 않으며, 이들을 불법 침입자로 간주하고 있음이 확인된다. 그러나 이와 같은 중국의 설명이 탈북자에 대한 중국의 극단적 태도의 정당성을 입증하기엔 충분하지 않을 것이다. 오직 국경을 침범한다고 해서 불법월경자를 그의 생명과 자유를 위협을 받을 수 있는 곳으로 강제 송환하거나 추방하는 것은 다음과 같

(25) LETTER FROM CHINESE MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS TO FOREIGN EMBASSIES, MAY 31, 2002, 한글 번역문.

은 이유에서 부당하기 때문이다.

1951년 난민협약에 따르면 국가는 자신의 삶과 자유를 위협받는 곳에서 온 난민 또는 비호를 아직 받지 않은 망명 신청자에게 불법적 입국을 이유로 형벌을 부과할 수 없다. 또한, 불법 입국 또는 불법 체류를 이유로 형사상의 책임을 추궁할 수 없다. 이 협약의 규정은 모든 난민의 처벌을 금지하는 것이 아니라 불법 입국 또는 체류에 대한 형사 처분을 금지하는 것이다.⁽²⁶⁾ 즉, 탈북자가 중국 영토에서 범죄 행위(ordinary crimes)를 범하지 않는 한, 그들은 현장 난민으로서 거주지를 선택할 수 있어야 한다.⁽²⁷⁾

그리고 동 협약 제31조도 난민의 합법적 신분 서류의 소지 의무를 면제하고 있다. 즉, 실제적으로는 난민은 합법적 신분 서류를 소지하기 어려운 급박한 상황에 부닥칠 가능성이 높다. 따라서, 적절한 서류가 부재한 상태에서도 난민이 해당 국가로의 출입을 요청할 수 있도록 보장하는 것이다. 또한, 이는 국가가 단지 서류 부재에 근거하여, 이를 불법적 입국으로 판단하고 처벌할 수 없음을 강조한다.⁽²⁸⁾ 따라서 탈북자의 불법 월경 그 자체는, 강제송환을 당할만한 범죄 행위에 해당하는 것으로 보기 어렵다.

물론, 해당 상황에서 처벌을 면하기 위해선 다음의 두 조건을 충족해

(26) James C. Hathway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005. p.388; 梁淑英, “非法入境难民的处理原则”, <法学杂志>, 2008.06.참조. (国家对来自生命和自由受到威胁的国家或未得到庇护的第三国的非法入境或逗留的难民, 不得仅以其非法入境或逗留为由而追溯其刑事责任, 给予任何刑事处罚。公约的此规定并不是禁止对所有难民的处罚, 而仅反对因为非法入境或逗留的刑事处罚。)

(27) Jaeng Saeng Bae, Seryon Lee (2008). *Human Rights Accountability for North Korean Escapees*. 법학연구, 27, p.182.

(28) Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3rd ed. Oxford University Press, New York, 2007, p. 384.

야 한다.⁽²⁹⁾ 첫째, 그 생명 또는 자유가 난민협약 제1조의 의미에 있어서 위협되고 있는 영역으로부터 오는 난민이어야 한다. 두 번째, 그 난민이 지체 없이 당국(예를 들어, 중국 현지 공안기관 출입국관리소)에 출두하고, 불법 입국 및 불법 거주에 대한 상당한 이유를 제시해야 한다.⁽³⁰⁾ 해당 조건은 난민협약 제31조 1항에도 명시되어 있다.⁽³¹⁾ 따라서 중국은 탈북자의 불법입경 문제만으로 그들을 처벌할 수 없지만, 지체 없이 중국 당국(예를 들어, 중국 현지 공안기관 출입국관리소)에 출두하고 불법 입국 및 불법 거주함에 대한 타당한 이유를 제시해야 하는 탈북자의 의무도 이행되어야 한다. 물론 사실상 재중 탈북자들이 중국 당국에 출두해서 난민 지위를 받을 가능성은 미미한 것은 문제가 된다. 법적으로는 이러한 국가의 의무와 난민 유사 개인의 의무를 이행하는 선후 순서는 규정되어 있지 않아서 이에 대해 역시 별도 논의해야 한다. 따라서 이 중국 외교부 문서에 대하여 국제법적으로 비난할 근거를 찾기 힘들다. 그러나 난민 유사한 사람들의 취약한 생존 상황을 고려해서 이어서 이 글에서 주로 중국에서의 난민 선별 및 난민 지위 인정 절차라는 난민 특별입법 및 국내법의 집행 의무를 위주로 촉구한다.

3. 중국 길림성 공안청 답장

(29) 梁淑英, 非法入境难民的处理原则, 《法学杂志》, 2008.06.참조.

(30) Ibid, 중국어 원문: 但该项不施以刑罚规则之适用必须符合两个条件。1. 非法入境或逗留的难民是直接来自其生命或自由受到公约第一条所指威胁的领土。2. 非法入境或逗留的难民毫不迟延的自动向国家有关当局(如最近的出入境管理局或公安机关)说明非法入境或逗留的正当原因, 以使庇护国知晓他们和查实他们违反移民法的原因。

(31) Article 31.1 of 1951 Convention: The Contracting States shall not impose penalties, on account of their illegal entry or presence, on refugees who, coming directly from a territory where their life or freedom was threatened in the sense of article 1, enter or are present in their territory without authorization, provided they present themselves without delay to the authorities and show good cause for their illegal entry or presence.

탈북자들이 흔히 은신하는 지역은 중국 길림성이다. 중국에 있는 외국인 및 이주민의 출입국 관리기관인 출입국관리국은 해당 지방公安机关의 하부 기관이다. 재중탈북자와 관련된 자료들이 공개되어 있지 않기 때문에 길림성에서 발견된 탈북자들에 관한 정부 당국 처리 사례를 연구하려면 길림성 공안청에 자료를 요청해야 한다. 연구 과정에서 적절한 절차에 따라 정부 정보 공개(政府信息公开)를 요청했음에도 불구하고 명확한 답변을 받기 어려웠다.⁽³²⁾ 특히, 중국의 불법 입경 조선인 취급에 관한公安机关기록을 요청했지만, 필요한 자료는 관련 법규에 따라 공개 범위 내에 있지 않으므로 정보를 제공할 수 없다는 회신만 있었다.⁽³³⁾

2007년 중국 중앙정부 국무원이 발급한 ‘중국 정부 정보 공개 조례(中华人民共和国政府信息公开条例)’⁽³⁴⁾에 따라 중국 국민은 학문 연구 필요에 따라 중국 국무원 및 각 지방정부 기관에 정부정보공개를 요청할 권리가 있다. 그러나 공개의 범위는 법으로 정해져 있지 않아 공개 신청이 거절당하는 경우가 빈번하다. 특히 정치적으로 예민한 탈북자에 관한 정보는 공개의 범위 내에 있지 않다는 이유로 그 정보를 받기가 거의 불가능한 상황이다. 또한, 이러한 문제는 사법기관을 통한 재판 단계로 가지 않기 때문에 중국 법원의 관련 판례도 찾아볼 수 없다. 중국 정부가 재중탈북자 문제를 단순한 내정 문제로 보수적인 시각에 따라 처리하고

(32) 이는 중국 각 국내 기관 해당 공식 사이트에서 신청이 가능하다:
http://gafw.jl.gov.cn/MainPages/PersonalCenter/Personal_wdxx?type=3

(33) 2017년 11월 23일, 길림성 공안청한테 아래와 같은 정부 정보 공개 요청에 대한 답장 받았다: (중국어 원문: 您好, 来信收悉! 根据相关规定, 您需要的材料不属于公开范畴! 感谢您的来信! 谢谢!) http://gafw.jl.gov.cn/MainPages/PersonalCenter/EvalConsult?consolguid=be51c7af-09f4-4aff-9990-66970d6fc4c8&backUrl=/MainPages/PersonalCenter/Personal_wdxx?type=2

(34) http://www.gov.cn/zwggk/2007-04/24/content_592937.htm. 중국 국무원 사이트.

있는 현 상황에서는, 이에 대해 보다 자세한 내용을 확인하기 어려울 것이다.

제 3 절 관련 중국 국내법

앞서 중국 정부 입장에 대한 검토를 통해 중국 정부의 탈북자 난민 지위 불인정 정책을 확인하였다. 그러나, 이와 같은 정부 기관의 입장은 정책적·정치적 고려를 포함한 다양한 외부 변수의 영향을 받을 수밖에 없다. 따라서 더욱 신뢰할 만한 중국 국내법을 면밀히 검토할 필요가 있다. 중국 국내법을 해석하여, 과연 일부 재중 탈북자에게 법적 보호를 제공할 수 있는 근거가 중국 국내법에 존재하는지를 검토한다면, 이는 해당 문제를 해결하기 위한 효과적인 방안을 제시할 수도 있을 것이다.

난민에 관한 중국 국내법의 규정은 주로 ‘헌법(宪法)’과 ‘출입경관리법(出入境管理法)’에 집중되어 있다. 그리고 이에 대하여 중국 ‘긴급상황대응법(突发事件应对法)’ 등 특별법에도 관련 조항이 있다. 예를 들어, 1949년 이후 네 번에 걸쳐 개정된 중국의 헌법은 모두 정치적 이유로 난민지위를 신청한 외국인에게 비호를 제공할 수 있다는 규정을 포함하고 있다. 또한 1985년 ‘외국인입경출경관리법(外国人入境出境管理法)’은 “정치적 이유로 피난을 신청한 외국인은 중국 정부주관기관의 인정을 거쳐 중국에서 거주할 수 있다”라는 규정을 포함하고 있다. 2012년 출경입경관리법에도 “난민 지위를 신청한 외국인은 난민 지위 선별 기간 동안 중국 공안기관이 발급한 임시신분증명으로 중국에서 체류 및 거주할 수 있다”는 규정도 존재한다. 이를 다음과 같이 분류하여 아래에서 보다 구체적으로 살펴보려고 한다.

(1) 헌법 조항

중화인민공화국 창립 이래 네 번에 걸쳐 개정된 중국의 헌법 문서 모두 정치적 이유로 피난처를 찾는 외국인에게 비호(庇護) 권을 부여할 수 있다고 규정한다.

가). 1949년 ‘헌법’⁽³⁵⁾ 제60조

1949년 중국인민정치협상회의 공통조항 제60조는 “중화인민공화국은 국민의 이익을 보호하기 위해 평화 투쟁을 참여했다는 이유로 자국 정부의 압박을 피하려 중국 영토에 들어온 외국인에게 중국에서 거주할 권리를 부여해야 한다”고 규정한다.⁽³⁶⁾

나). 1954년, 1975년, 1978년 헌법

1954년 헌법 제99조는 “중화인민공화국은 공의, 평화운동 참여 및 과학적 활동을 이유로 박해를 당한 외국인에게 중국에서 거주할 권리를 부여한다”고 규정한다.⁽³⁷⁾ 또한, 1975년 헌법 제29조와 1978년 헌법 제59조는 “중화인민공화국은 공의, 혁명운동에 참여하고 학문적 활동에 참

(35) 중화인민공화국 첫 번째 헌법 성격 문서, 공식 명칭은 ‘중국인민정치협상회의 공통 조항(中国人民政治协商会议共同纲领)’이다. 본고에서 1949년 ‘헌법’이라고 약칭한다.

(36) 1949년 《中国人民政治协商会议共同纲领》第60条规定: “中华人民共和国对于外国人民因拥护人民利益参加和平斗争受其本国政府压迫而避难于中国境内者, 应予以居留权。”

(37) 1954년 《宪法》第99条规定: “中华人民共和国对于任何由于拥护正义事业, 参加和平运动, 进行科学工作而受到迫害的外国人, 给以居留的权利。”

여함으로써 박해를 당한 외국인에게 중국에서 거주할 권리를 부여한다”고 규정한다.⁽³⁸⁾

위 법의 용어는 주로 소련, 폴란드 및 다른 사회주의국가의 난민에 관한 법을 기반으로 한 규정으로, 1950대에서 1990대까지의 특징과 냉전 시대의 사고방식이 상당 부분 반영되어 있다. 1954년, 1975년, 1978년의 3부 헌법은 “난민”이라는 용어를 사용하지 않았지만, 실제로 난민과 유사한 외국인에 대한 조항을 규정하고 있다.

다). 1982년 헌법 제32조 제2항

1982년 헌법 제32조 제2항 (2004년 개정)은 “중화인민공화국은 정치적으로 피난처를 찾는 외국인에게 비호받을 권리를 부여할 수 있다”고 규정한다.⁽³⁹⁾ 1982년 헌법은 “혁명”이란 용어를 삭제했고, 난민법적 용어인 “정치적 이유로 피난처를 찾는 외국인”을 사용했다. 또한, 중국 정부가 외국인에게 비호받을 권리를 부여할 수 있다고 명시한다.

라). 소결

외국인 피난에 대해 중국 헌법은 피난 원인을 열거(“국민의 이익을 보호하기 위해 평화 투쟁을 참여하기 때문에 자국 정부의 압박을 피하려 중국 영토에 들어온 외국인”, “공의, 평화(또 혁명)운동 참여 및 학문적

(38) 1975년 《宪法》第29条和1978年《宪法》第59条都规定：“中华人民共和国对于任何由于拥护正义事业，参加革命运动，进行科学工作而受到迫害的外国人，给以居留的权利。”

(39) 1982年《宪法》（2004年修订）第32条 第2款规定：“中华人民共和国对于因为政治原因要求避难的外国人，可以给予受庇护的权力。”

활동을 이유로 박해를 당한 외국인”)하는 제한적인 방식에서 일반화된 (“정치적 이유로”) 방식으로 발전했다.⁽⁴⁰⁾ 또, 난민의 “거주할 권리” 로부터 그들이 “비호받을 권리” 로 발전했다.

중국은 비호 요청권을 헌법에서 명시적으로 인정하고 “정치적 이유로 피난처를 찾는 외국인” 에게 “비호받을 권리” 를 부여하지만 여러 가지 이유로 난민에 관한 헌법 조항을 시행하는 법은 제정하지 않았다. 헌법 조항을 시행하는 특별법이 없고 헌법 조항만을 의거하여 소송을 제기할 수도 없기에(宪法的不可诉性) 난민에 관한 헌법 조항은 실시된다는 보장이 없다. 그래서 탈북자들이 중국 헌법에서 규정되어 있는 “정치적 이유로 피난처를 찾는 외국인” 에 해당하는지의 여부를 판단할 법적 절차가 없는 실정이다. 따라서 중국 헌법을 통해 탈북자의 합법적인 권리를 보장할 가능성은 매우 적다는 결론에 도달한다.

(2) 출경입경관리법 조항⁽⁴¹⁾

가. 1985년 외국인 입경출경관리법 제15조

헌법과 같이 1985년 외국인 입경출경관리법⁽⁴²⁾에서도 난민이란 용어를 사용하지 않았지만, 난민법적 성격을 지닌 조항을 두고 있었다. 즉, 제15조는 “정치적 이유로 피난을 요구하는 외국인은 중국 정부 해당 기관의 인정을 받고 중국에서 거주할 수 있다” 고 규정했다.⁽⁴³⁾ 이후 난민 보호

(40) 刘国福, 《中国难民法》, 世界知识出版社, 2015, pp.40~41. 참조

(41) <중화인민공화국 출경입경관리법> 한글 번역문은 이규창, 김수암, 조정현, 유현정 <탈북자 관련 국제조약 및 법령>을 참조, 통일연구원(2012).

(42) 2013년 7월 1일 부로 폐지되었다.

(43) 1985年《外国人入境出境管理法》(2013年7月1日起废止)第15条规定: “对因为政治原因要求避难的外国人, 经中国政府主管机关批准, 准许在中国居留。”

의무 이행을 위해 입법된 2012년 출경입경관리법은 난민에 관한 보다 상세한 규정을 포함한다.⁽⁴⁴⁾

나. 2012년 <출경입경관리법> 제46조

2012년 <출경입경관리법>은 중국 이민법, 난민법의 기본법 역할을 하고 있다. 난민이란 용어가 중국 국내법에서 공식적으로 등장한 것이 해당 법에서였다. 이 법은 “난민의 지위 인정을 신청한 외국인”과 “난민으로 인정받은 외국인”의 법적 지위와 대우를 분명하게 밝힌다. 즉, 제46조에서 “난민의 지위 인정을 신청한 외국인은 난민의 지위를 확인하는 기간에 공안 기관이 발급한 임시 신분 증명서를 소지하고 중국 경내에서 체류할 수 있으며, 난민으로 인정받은 외국인은 공안기관에서 발급한 난민 신분 증명서를 소지하고 중국 경내에서 체류 또는 거주할 수 있다고 규정하였다.⁽⁴⁵⁾

2012년 출경입경관리법은 1982년 헌법⁽⁴⁶⁾의 하위법으로써 1985년 외국인출경입경관리법의 발전으로 평가된다. 따라서 이 법에서 규정한 “난민”의 범위는 헌법에서 규정한 “정치적 이유로 피난처를 찾는 외국인”보다 좁지 않을 것으로 사료된다. 즉, 2012년 출경입경관리법에 규정한 “난민”에 대한 해석을 통해 난민 정의의 범위를 넓힐 가능성이 있는 것이다. 또한, “정치적 이유”뿐만 아니라 “인도주의적 접근”도 가능할 것이다.

(44) 公安部常务副部长杨焕宁, 关于《中华人民共和国出境入境管理法(草案)》的说明, 2011年12月26日.

(45) 第46条规定: “申请难民地位的外国人, 在难民地位甄别期间, 可以凭公安机关签发的临时身份证明在中国境内停留; 被认定为难民的外国人, 可以凭公安机关签发的难民身份证件在中国境内停留居留。”

(46) 2004년 개정되었다.

그러나 난민에 관한 2012년 출경입경관리법 제46조의 규정은 원칙적인 규정이고, 난민 신분을 선별할 기관, 절차 및 기준을 규정하지 않고 있다. 또 “난민 지위를 신청하는 외국인”과 “난민으로 확정된 외국인”의 체류 및 거주 이외의 권리를 구별하여 규정하지 않는다. 1982년 헌법 제32조 2항에서 규정하는 “정치적 이유로 피난처를 찾는 외국인에게 비호 받을 권리”를 시행하기 어렵다. 중국은 국내법에 근거하여 난민 선별 및 정착에 대한 선행이 없다는 점 역시 이 같은 현실적 한계를 뒷받침한다.

다. 인도주의에 관한 규정

같은 법 제20조 제1항에 따르면 “인도적 사유로 긴급 입국이 필요한 경우, 긴급 비즈니스로 입국초청을 받거나 기타 긴급입국 사유가 있는 경우 출입국 향에서 사증(비자)을 신청할 수 있다. 사증 신청에 동의한 유관 주관 부서의 증명서류를 소지한 외국인은 국무원의 인정을 받고 입국사증 업무를 처리하는 출입국 향에서公安부의 위임을 받은 출입국향 사증발급기관에 비자 발급을 신청할 수 있다.”라고 규정한다.⁽⁴⁷⁾

제31조 제2항도 “국가 규정에 부합되는 특수인재, 투자자 또는 인도적 등의 사유로 인해 체류를 거류로 변경해야 하는 외국인은 구(區)를 설치한 시(市)급 이상 지방 인민 정부 公安기관 출입국관리기구(當地公安局出入境管理所)의 인정을 거쳐 외국인 거류 증명서를 받을 수 있다”고 규정한다.⁽⁴⁸⁾

(47) 第20条第1款规定：“由于人道原因需要紧急入境的外国人，可以在国务院批准办理口岸签证业务的口岸，向公安部委派的口岸签证机关申请办理口岸签证。”

(48) 第31条第2款规定：“符合国家规定的专门人才，投资者或者出于人道等原因确需由停留变更为居留的，经设区的市级以上地方人民政府公安机关出入境管理机构批准可以办理外国人居留证件。”

국제난민법에서 인도적 이유는 비호신청의 중요한 요건으로 평가된다. 인도주의 비자/거주권과 난민 비자/거주권은 소지자에게 비슷한 권리를 부여한다. 그러나 어느 범주에 부합하는지를 평가할 때, 인도주의 비자/거주권은 난민 비자/거주권보다 범위가 훨씬 넓다. “중국의 경제사회발전 전에 뚜렷한 공헌을 하거나 기타 중국 경내 영주 거류 조건에 부합되는 외국인은 본인이 신청하고 공안부의 인정을 받아 영주 거류 자격을 취득할 수 있다”고 규정한 동법 제47조 제1항⁽⁴⁹⁾에서 규정한 중국 영주 거류 신청의 조건을 해석할 때 비호신청을 포함할 수 있다.

또한, 동법 제23조는 임시 입국이 필요한 경우 외국인이 출입국 변방 검사기관에 신청하여 임시 입국 절차를 밟아야 하는 경우 중 하나로 “불가항력이나 기타 긴급한 사정으로 인해 임시 입국이 필요한 경우”를 규정한다.⁽⁵⁰⁾ 국제난민법 이론과 관습에 따르면 “비호 신청 외국인”은 “기타 중국 경내 영주 거류 조건에 부합되는 외국인”으로 해석할 수 있다. 이론적으로는 탈북자가 비호 신청 이유로 중국에서 영주 거류를 신청할 수 있다. 따라서 재중 탈북자도 비호 신청자로서 중국으로 입국하고 체류할 권리가 있는데 위에 언급했던 중국 공안기관과의 연락이 두려워서 비호신청도 못 하는 실정이다.

“불가항력이나 기타 긴급한 사정으로 인해 임시 입국이 필요한 경우”는 주로 중국을 목적지나 경유지로 작정하지 않았으나 자연재해, 돌발사건, 질병 등 불가항력으로 인해 가까운 중국 영역에 긴급 입경하여 재난을 피하거나 인도주의 지원을 요청하는 외국인에게 적용한다.⁽⁵¹⁾ 반면,

(49) 第47条第1款规定：“对中国经济社会发展做出突出贡献或者符合其他在中国境内永久居留条件的外国人，经本人申请和公安部批准，取得永久居留资格。”

(50) 第23条第1款第3项规定：“外国人因不可抗力或者其他紧急原因需要临时入境的，应当向出入境边防检查机关申请办理临时入境手续。”

(51) 刘国福, 《中国难民法》, 世界知识出版社, 2015, pp.4-5.참조

탈북자의 경우 다른 국가를 목적지로 의도했는지는 불분명하지만, 중국을 거쳤음은 확인되므로, “불가항력이나 기타 긴급한 사정으로 인해 임시 입국이 필요한 경우”에 해당하지 않는 것으로 처리된다.

3. 긴급상황대응법

중화인민공화국 중앙인민 정부가 수립된 후, 냉전의 흐름 속에서, 1960년대부터 2000년대에 걸쳐, 상당수의 화교, 난민, 월경자들이 동남아 지역에서 중국 지역으로 피난해 왔다. 그중에서 중국 정부는 주로 인도차이나 지역 출신 난민⁽⁵²⁾에게 난민 지위를 부여했으며, 이들을 보호하고 정착 지원 또한 제공했다. 이들은 중국에서 난민의 지위가 인정되었을 뿐 아니라 중국 광시성 국영 농장을 통해 현지 동화의 기회를 얻었다. 중국 정부가 인도차이나 난민에게 지원을 제공한 이유는 그들이 주로 정치적 이유에 근거하여 박해를 받았다는 점이었다. 광시성 인도차이나 난민 접속 정착 사무실(广西省印支难民安置办公室) 자료에 따르면 1978년에서 1988년간 중국으로 들어온 인도차이나 난민은 약 28만 3천 명으로 추산된다.⁽⁵³⁾

반면에 2009년 이후 미얀마 국내의 무력 충돌 상황으로 인해 미얀마와 중국 국경을 넘어 들어온 미얀마 월경자들은 난민으로 간주하지 않았다. 중국은 2007년 긴급상황대응법(突发事件应对法)을 근거해서 미얀마 월

(52) 인도차이나 난민 (중국어: 印度尼西亚 归难侨, 印支难民): 1960년대부터 중국과 인도네시아, 베트남 등 국가들과의 정치적 관계가 악화되었다. 인도차이나 반도 국가에서의 대규모적인 반화(反华) 폭력 운동으로 인해 발생한 중국 교포 난민은 중국에서 印度尼西亚 归难侨 혹은 印支难民를 칭하다. 본고에서 이를 번역에서 인도차이나 난민이라고 부른다.

(53) 梁娇 (2006), “建国后中国政府安置归难侨工作研究: 以广西国营华侨农场为例”, 广西师范大学, 专门史, 硕士毕业论文, p.18.

경자에 인도주의적 지원을 제공했고, 미얀마의 국내정치적 상황이 완화되는 대로 이들의 자발적 본국 귀환을 촉구했다. 그 구체적 이유는 다음과 같았다.

중국에는 한족 이외에 총 55개의 소수 민족이 있다.⁽⁵⁴⁾ 그중에 중국 윈남성에서 사는 소수 민족 중 하나인 중국 징푸어족(中国景颇族)은 미얀마 월경자인 미얀마 크어친족(缅甸克钦族)과 국경을 접하는데, 이들은 서로 혈통도 같고 언어도 통하며 같은 풍속, 문화, 종교 신앙을 가진다. 미얀마 크어친족은 독립자치상태를 유지했으며, 1961년에 크어친 독립군을 성립했다. 그 후 미얀마 국내의 무력 충돌 상태가 계속되는 불안정한 상황 속에서 수많은 월경자가 중국과 미얀마 국경 근처에서 발생하였다. 대표적으로, 2014년 6월에 발발한 미얀마 정부군과 크어친 독립군(Kachin Independence Army, KIA) 간 전쟁으로 인해 천여 명의 크어친족 사람들이 고향을 잃었으며, 이를 피해 국경을 넘어 중국 징푸어족에게 갔다. 이에 대한 중국 정부의 태도는 다음과 같았다.

“Most (of the Kachin from Burma) come to visit friends and relatives... Through our(중국 정부) channels, they have been able to be housed by their relatives. ... We have used a humanitarian approach based on the principle of good neighborliness. Our local government and border community have also provided necessary assistance.” ⁽⁵⁵⁾

(54) 2010년 제6차 중국 전국 인구 조사(第6次全国人口普查)의 결과는 한족 12, 2084만 명, 총인구의 91.51%의 비율이고, 조선족은 183만명, 징푸어족은 14만명으로 나왔다.

(55) Yunnan Provincial Security Department Director Meng Sutie, referring to Kachin refugees as “border residents,” March 10, 2012. Human Rights Watch, “Isolated in Yunnan: Kachin Refugees from Burma in China’s Yunnan Province” , <https://www.hrw.org/report/2012/06/25/isolated-yunnan/kachin-refugees-burma-chinas-yunnan-province>

즉, 미얀마 월경자의 경우, 당시 발생한 무력충돌로 인해 해당 지역의 불안정 정도가 상당했으며, 이로 인한 월경자들 생명의 위협도 있었으므로, 인도주의적 차원에서의 긴급조치 및 부상자 구조가 행해진 것이다. 또한, 미얀마 월경자가 난민에 해당하는지의 문제에 있어서, 중국은 미얀마 무장 충돌로 인해 대규모로 유입된 미얀마 국민을 협약 난민으로 대우하지 않는다.⁽⁵⁶⁾ 이는 일부 미얀마 사람들은 신변 안전의 이유로 일시적으로 중국에 입국하며, 미얀마 국내 상황이 나아진 후 즉시 미얀마로 돌아간다는 판단에 따른 처리였다.⁽⁵⁷⁾ 또, 1951년 난민협약에 따르면 “인종, 종교, 국적, 특정 사회 집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유”⁽⁵⁸⁾만으로 입경하는 경우 중국에서 난민으로 인정한다. 따라서 무력충돌로 인해 중국에 진입한 대규모의 미얀마 월경자는 난민의 정의를 충족시키지 못하므로 난민이 아니다.

반면, 중국 주재 UNHCR은 미얀마 월경자를 난민이라고 인정하며 이는 가장 광범위한 난민 개념에 해당한다고 주장했다.⁽⁵⁹⁾ 이 같은 중국과

(56) 중국 공공기관에 의한 “난민” 용어의 정의는 명확하지 않다. 그러나 외교부의 경우 주로 “협약난민”을 의미하고, 지방 정부의 경우 주로 “일반사람이 이해하는 도움을 필요한 자”를 의미하는 것으로 이해된다.

(57) 2012년2月10日, 외교부 대변인 刘为民 정례기자회견을 사회한다. 중국 외교부 공식 사이트 http://www.fmprc.gov.cn/web/fyrbt_673021/jzhsl_673025/t903749.shtml. 참조. (중국어 원문: 问: 据报道, 有许多缅甸民众为躲避战事越过中缅边境进入云南, 请介绍有关情况, 中方采取了哪些救济措施? 答: 一些媒体报道大量缅甸“难民”涌入中缅边境中方一侧, 经核实, 这些报道与事实不符。近来, 由于缅政府军同个别少数民族地方武装之间不时发生零星交火, 一些缅甸边民出于安全考虑暂时进入中国境内, 局势平息后就立即返回缅甸。这些人不是难民, 人数也远没有外界报道的那么多。中缅是友好邻邦, 中方处理此事时始终秉持人道主义精神, 向入境的缅甸边民提供了必要的生活便利。缅甸少数民族地方武装组织问题由来已久, 是缅内部事务。中方一直敦促缅国内有关各方通过和平谈判协商解决有关问题, 以有效维护中缅边境地区和平与安宁。)

(58) 1951년 난민협약 제1조 A(2).

(59) 劉國福, 《中國難民法》, p.214.

UNHCR의 입장 차이는 각 나라에서 인정되는 난민의 개념 범위가 UNHCR이 주장하는 난민의 범위와는 다르다는 것을 보여준다. 중국의 경우 1951년 난민협약 및 1967년 채택된 ‘난민 지위에 관한 의정서 (Protocol Relating to the Statue of Refugees: 난민 의정서)’에서 규율하는 협의의 협약 난민 개념만을 인정하고 있다. 난민 인정의 권한과 절차는 국제법상 통일된 표준과 규범은 없고 각 국가한테 맡겨져 있다. 이러한 국제법의 헛 점을 틈타 중국은 미얀마 월경자를 비롯한 탈북자 등 사람들을 협약 난민으로 인정하지 않는 행위가 자국의 사법적 주권의 행사라고 주장해 왔다.

일부 미얀마 월경자가 중국 정부로부터 인도주의적 지원을 받고 나머지는 대부분은 중국 징푸어족에 도움을 구하는 경우가 더 일반적이다. 또한, 이들이 중국 정부 당국에 “인도주의적 지원”을 받은 적이 없다는 증언이 상당수 확인된다.⁽⁶⁰⁾ 이러한 미얀마 월경자와 탈북자의 경우, 정치적 이유로 인해 박해받았다고 보기 어렵기 때문에, 중국법상 인도차이나 난민에게 주어진 난민 지위를 누리지 못했다. 탈북자와 미얀마 월경자의 상황이 어느 정도 비슷함을 고려할 때, 이 두 사안을 비교 연구하는 것도 의미 있을 것이다. 그러나 미얀마 월경자와 달리 탈북자의 경우 전쟁 같은 무력 충돌의 요소가 없으므로, 이 같은 긴급조치보다는 사회질서 유지의 요소가 강력히 작용할 것으로 보인다. 과연 미얀마 월경자를 처리하는 법적 근거인 긴급상황대응법을 탈북자에 적용하여 이들의 보호 가능성을 도출할 수 있을지의 여부를 제5장 제1절에서 검토할 것이다.

4. 소결

(60) Kachin refugee in China, August 2011, Human Rights Watch, “Isolated in Yunnan: Kachin Refugees from Burma in China’s Yunnan Province” .

난민 문제와 관련된 중국 국내법은 주로 위에 언급했던 헌법, 출경입경관리법, 긴급상황대응법이 있다. 이러한 현행 법률 이외 난민 문제에 관한 특별법 제정에 있어 2006년 1월에 중국 국무원 사무국(中国国务院办公厅)이 <2006년 국무원 입법 사정에 대한 의견>⁽⁶¹⁾을 발급했을 때, <난민관리 잠정조례>(외교부,公安부, 민정부 초안)⁽⁶²⁾을 “연구를 조속히 진행해야 하고 조건이 익숙하면 적절한 입법안을 제기해야 하는 프로젝트”로 선정했다. 2008년 9월에 외교부,公安부, 민정부 세 부서가 협력해서 국무원에서 ‘난민 선별 및 관리 초안’⁽⁶³⁾을 제출했다.⁽⁶⁴⁾

이 ‘난민 선별 및 관리 초안’은 긴급상황대응법 등 현행법을 이용하여 인도차이나 화교 난민과 동남아 지역 월경자 문제를 처리했던 경험이 반영되어 중국 당국의 난민에 대한 이해와 중시를 강조하고 있다. 그러나 여러 가지 어려움으로 인해 결과적으로 난민 관련 특별 법안의 채택은 실패되었다. 따라서 중국의 난민 처우 개선을 위한 입법 노력이 더욱 시급한 실정이다.

이상으로 중국은 헌법 문서와, 2개 출경입경관리법을 통해 난민에게 비호를 제공한다는 입장을 뚜렷하게 밝혔다. 유감스러운 것은 헌법에서 중국은 오직 개념적 차원에서 “정치적 이유로 피난처를 찾는 외국인”에게 비호와 거주권을 부여하고 있다는 사실이다. 상세한 난민 정의와 범위에 대한 설명이나 해석 또한 부재하다. 즉, 중국 국내법에는 난민과 관련된 국제협약을 구체적으로 이행하는 조항이 없다고 볼 수 있다.

게다가 난민이란 용어는 중국에서 적어도 세 가지 의미로 해석할 수

(61) 중국어 원문: 关于做好国务院2006年立法工作的意见.

(62) 중국어 원문: 难民管理暂行条例.

(63) 중국어 원문: 难民甄别和管理办法送审稿.

(64) 刘国福, 《中国难民法》, 世界知识出版社, 2015, pp.46~48. 참조.

있다. 중국 국내법이나 중국 외교부가 주장하는 정치 난민, 그리고 중국이 체결한 1951년 난민협약과 난민 의정서에서 규정되는 협약 난민이 있다. 두 개념 모두 보통 사람들이 생각하는 일반적인 난민 개념인 “전쟁이나 자연재해로 인해 거주소를 잃고 생존의 어려움을 겪는 자”⁽⁶⁵⁾와는 거리가 멀다.⁽⁶⁶⁾ 난민 용어의 규범적인 사용을 하지 못해 난민 선별 및 지위 인정하는 데 혼란을 일으킬 수밖에 없다.

이렇게 다양한 난민 용어의 실제 사용에 있어 중국 정부가 오직 협약 난민 중 정치 난민만 난민 지위를 받는 것으로 해석할 가능성이 크며, 중화인민공화국 성립 이래 60여 년간 대규모로 승인한 난민은 오직 인도차이나 화교 난민인 것을 참작한다면, 앞으로도 이들과 어느 정도 비슷한 상황에 있는 경우에만 중국 정부에 의해 난민으로 인정될 수 있을 것으로 예측된다.

인도차이나 난민과 달리 탈북자에 대해 중국 정부가 취하는 입장은 매우 제한적인 정치 난민 정의 해석이다. 반면에 UNHCR이 보호하고자 하는 대상은 가장 광범위한 개념의 난민이다.⁽⁶⁷⁾ 이 같은 확대적 난민 개념은 ‘아프리카 난민 문제의 특수 상황에 대한 아프리카 단결기구 협약(OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa: OAU 협약)’과 중남미 지역의 ‘카르타헤나 선언(Cartagena Declaration)’ 등의 지역적 난민협약 및 선언에 의해 발전했으며 이제는 국제적으로 확립된 관행으로 평가된다.

중국의 출경입경관리법 및 긴급상황대응법의 조문을 해석한 결과 해당

(65) 中國社會科學院語言研究所詞典編輯室, 《現代漢語詞典》(漢英雙語), 外語教學与研究出版社. “難民: 由于战火或自然灾害等原因而流离失所生活困难的人”.

(66) 刘国福, 《中国难民法》, 世界知识出版社, 2015, pp.3-9. 참조.

(67) 杨春, 姚欢, “中国政府及时应对难民涌入”, 新世纪周刊, 2009年9月9日, http://news.sina.com.cn/w/sd/2009-09-09/181518615604_2.shtml.

법의 적용 범위에 탈북자를 포함할 가능성이 있지만, 실제로 탈북자들이 중국 사법부를 통해 스스로 권리를 주장한 사례는 없었다. 또한, 사법의 소극성으로 인해 탈북자에 문제에 관한 사법 판례를 찾아볼 수도 없었다. 실제로 중국이 재중탈북자나 다른 개인 난민 업무를 처리할 때, “일사일신청, 일사일처리”로⁽⁶⁸⁾ 구체적인 사건 상황에 따라 처리해 왔다. 이러한 방식은 중국의 난민 선별, 인정 및 보호가 체계적으로 발전해 나가는 데 있어 부정적 역할을 할 것이 틀림없다.⁽⁶⁹⁾

(68) “一事一申请，一事一处理”：구체적인 케이스가 발견되는 대로 행정 기관 (주로 공안 기관)이 검토하고 처리하는 방식.

(69) 王元君，关于建立我国难民保护法律制度的几点思考，《公安研究》，2005年，第12期，p.47.

제 3 장 재중 탈북자의 국제법적 지위

탈북자 문제의 핵심은 중국이 탈북자들이 난민이 아닌 오직 “경제적 이주민”, 혹은 “불법 월경자”로 간주하는 것이다. Guy S. Goodwin 주장하는 것처럼, 난민 정의의 발전과 강제송환금지 원칙 범위의 불확정은 기존의 국제조약보다 난민 문제에 있어 보다 문제가 된다. 그렇다면, 탈북자의 국제법상 지위를 인정하기 이전에 난민의 정의 및 관련된 기타 난민 유형의 개념도 더욱 검토할 필요가 있을 것이다.

제2장에서의 중국 정부 입장 검토는, 중국이 기본적으로 탈북자의 난민 지위를 불인정 하고 있음을 보여주었다. 그렇다면 과연 중국 측에서 주장하는 난민 개념의 정의가 국제법상 확립된 난민 개념에 합치하는지의 여부를 평가해야만, 중국 정부 입장의 합법성을 판단할 수 있을 것이다. 또한, 탈북자의 국제법상 지위를 검토하고 그들의 권리를 규명하는 작업은 재중탈북자 문제의 해결과 중국의 탈북자 정책을 평가하는 데 큰 의미가 있을 것으로 기대된다.

UNHCR은 전 세계의 난민 관련 업무의 선도적 역할을 하는 유엔 기구로서, 인도주의에 따라 도움이 필요한 사람들에게 가능한 많은 지원을 하고자 한다. 특히 1951년 난민 협약과 난민 의정서에 규정된 협약난민 개념의 제한성으로 인해, 난민과 유사한 지위에 있는 사람들이 적절한 보호를 받지 못하는 상황에 집중한다. 난민과 유사한 사람들은 이른바 UNHCR 우려 대상자⁰라는 개념으로 불리며, 이를 통해 기존 난민 개념의 제한성을 극복하고 난민과 유사한 지위의 사람들에게까지 국제법의 보호를 확대하는 역할을 한다. 이처럼 난민의 개념이 단순히 정의되지 않음을 염두에 둘 때, 논의되는 개념에 따라 분류하여 더욱 체계적으로 접

근하는 것이 요청된다.

제 1 절 협약 난민 해당 여부

1. 협약 난민 정의

협약 난민은 난민협약 제1조 A 항에 명시된 기준에 의하여 국가가 난민으로 인정하고, 이 협약에 따라 다양한 권리를 향유하는 자격을 가진 자를 지칭한다. 또한, 이들은 어느 국가의 권한 수여나 인정을 통해 난민 지위를 취득하는 것이 아니라 이미 난민의 정의에 들어맞으므로 난민으로 인정되는 것이다.⁽⁷⁰⁾ 따라서 탈북자의 협약 난민 지위는 중국의 난민 인정 여부와 상관없이 그 난민 신분 자체가 성립될 수 있을 것이다.

그런데도 탈북자는 협약 난민이 아닐 가능성이 더 크다. 이는 협약 난민 정의가 매우 제한적이고 엄격한 데서 기인한다. 1951년 난민협약 제1조는 다음과 같이 난민을 정의한다.⁽⁷¹⁾

“인종, 종교, 국적, 특정 사회 집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유로 박해를 받을 우려가 있다는 충분한 근거가 있는 공포로 인하여, 자신의 국적국 밖에 있는 자로서 국적국의 보호를 받을 수 없거나, 또는 그러한 공포로 인하여 국적국의 보호를 받는 것을 원하지 아니하는 자, 또는 그러한 사건의 결과로 종전에 상주하던

(70) UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees. HCR/IP/4/Eng/REV.1 Reedited, Geneva, January 1992, UNHCR 1979, at [28].

(71) 서울대학교 공익인권법센터, <난민 - 그 개념과 함의>, 2009.

국가 밖에 있는 무국적자로서, 그 상주국에 돌아갈 수 없거나, 또는 그러한 공포로 인하여 그 상주국으로 돌아가는 것을 원하지 아니하는 자” (72)

이러한 난민협약상의 난민 정의에 따라 난민 지위의 자격요건을 다음과 같이 세 가지로 분류할 수 있다.⁽⁷³⁾ 이를 탈북자 상황에 적용하여 분석하고자 한다.

2. 해당 여부 분석

가). 박해를 받을 충분한 근거가 있는 두려움.

박해를 받을 것이라는 충분한 근거 있는 두려움은 해당 정의의 핵심적인 요소이다. 두려움은 주관적인 개념임을 고려할 때, 해당 정의는 본질적으로 난민 지위 신청자의 주관적인 요소를 포함한다. 그러므로 난민 지위의 결정은 신청자 본국의 지배적인 상황보다는, 주로 신청인의 진술에 입각한 주관적 평가를 요구할 것이다.⁽⁷⁴⁾ 그러나 충분한 근거라는 용어는 신청인의 주관적 요소뿐만 아니라 그의 두려움이 객관적인 상황에 의하여 뒷받침되어야 한다는 것을 의미한다. 즉, 개인의 주관적 상황을 고려하면서도, 이러한 두려움이 객관적으로 뒷받침될 것을 요구하는 것이다. 그러나 관련 유엔 지침은 난민의 정의는 당사자들이 상당한 정도의 박해가 있었다고 주장 할 것을 요구하지 않으며, 특정 당사자에게 박

(72) 1951년 난민협약 제1조.

(73) 梁淑英, 非法入境难民的处理原则, 法学杂志, 2008.06.

(74) The UN Refugee Agency, <난민 지위의 인정기준 및 절차 편람과 지침>, 한글판, 서울, 2014년 9월. para.37.

해가 일어나지 않더라도 두려움의 이유가 정당화된다면 난민 지위 인정에 영향을 미치지 않는다고 서술한다.⁽⁷⁵⁾

그뿐만 아니라, 정부와 권한 있는 당국이 난민 지위를 결정함에 있어서 박해를 과소 또는 과대평가하는 것을 피하고자 협약은 명시적인 난민 정의를 열거한다. 즉 “인종, 종교, 국적, 특정 사회 집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유로 박해를 받을 우려” 만 해당하는 것이다. 이상 다섯 가지 이유에 의해 야기 된 박해는 종종 정치적 박해라고 불린다. 이 협약의 정의를 엄격하게 해석하면 위의 다섯 가지 이유 외의 다른 행위는 난민 지위의 확인 근거가 될 수 없다.⁽⁷⁶⁾

이 같은 엄격한 해석에 근거할 경우, 탈북자는 위의 다섯 가지 박해 받을 이유에 해당하는 경우에만 협약 난민의 지위를 취득할 수 있다. 따라서, 이들이 과연 “인종, 종교, 국적, 특정 사회 집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견”을 이유로 하는 박해에 대해 두려움을 느끼는지를 개별적으로 평가해야 할 것이다.

“현재의 문맥에서 인종은 일반적으로 인종이라고 불리는 모든 종류의 민족 집단을 포함하는 가장 넓은 의미의 개념으로 이해되어야 한다. 이는 종종 다수의 인구 내에 소수민족을 구성하고 있는 공통의 혈통을 가진 특정 사회집단의 구성원 자격을 포함한다.”⁽⁷⁷⁾ 탈북자는 단일 민족인 한반도 북쪽에서 온 사람이므로 민족이나 혈통 때문에 박해를 받을 가능성이 비교적 작을 것이다. 이어서 국적(nationality)이라는 용어는 단순히 시민권으로만 이해되지 않는다. 이는 종족 또는 언어 집단의 구성원 신분 또한 가리키며, 종종 인종과 중복되어 사용될 수 있다.”⁽⁷⁸⁾ 이

(75) 王铁崖主编, 《国际法》, 法律出版社, 1995, p.189.참조

(76) *ibid*, p.190. 참조

(77) The UN Refugee Agency, <난민 지위의 인정기준 및 절차 편람과 지침>, 한글판, 서울, 2014년 9월. para.68.

같은 용어 개념 검토는 탈북자들이 국적으로 인해 박해를 당할 가능성이 매우 작음을 시사한다.

“종교를 이유로” 한 박해에는 다양한 형태가 있을 수 있다. 예를 들면 종교 단체 가입을 금지하는 것, 사적 또는 공적인 의식에의 참여나 종교 교육을 금지하는 것, 본인이 믿는 종교에 따른 수행행위나 특정 종교집단에 속한다는 사실을 이유로 심각한 차별 조치를 가하는 것 등이다.⁽⁷⁹⁾ 탈북자들은 탈북 이전에 북한의 사회주의 주체사상의 영향을 깊이 받았기 때문에 위에 언급한 종교 활동 때문에 탈북했을 가능성이 작을 것으로 예측된다. 그러나 탈북한 후에 중국 지역에서 제3국 종교(특히 한국 기독교) 선교 단체와 접촉하면서 해당 종교 단체에 가입하거나 종교적 신앙을 가지게 된다. 따라서 북한을 나올 당시에 종교적 이유로 박해를 받을 두려움을 느끼지 않았다고 할지라도, 탈북 후 강제송환 시에는 그들이 외부 종교와 접촉했다는 사실로 인해 “박해를 받을 것이라는 충분한 근거가 있는 두려움”이 있으므로 난민 지위를 인정받아야 할 것이다. 이는 현지 난민의 개념으로, 추후 자세히 다룰 것이다. 그러나 분명한 것은 현지 난민이 협약 난민은 서로 다른 개념이므로 탈북자가 종교를 이유로 협약 난민 지위를 취득할 가능성은 매우 적어 보인다.

이 외에도, 특정 사회집단의 구성원 신분은 다음과 같은 점에서 박해의 근본적 원인이 될 수 있다. 이는, 정부에 대한 그 집단의 충성을 신뢰할 수 없거나 그 구성원의 정치적 견해, 전력 또는 경제적 활동, 아니면 해당 사회집단의 존재 자체가 정부 정책에 장애가 된다고 여겨질 수 있기 때문이다.”⁽⁸⁰⁾ “정치적 의견을 이유로 한” 박해는 이미 표현되었거나 또는 당국의 주목을 받게 될 의견을 신청인이 가지고 있다는 것을 의

(78) Ibid. para.74.

(79) Ibid. para.72.

(80) Ibid. para.78.

미한다.⁽⁸¹⁾

이상 검토한 난민협약에서 말하는 인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원 신분, 정치적 의견이라는 5가지 사유는 예시적 나열이 아니라 한정적 열거이다.⁽⁸²⁾ 즉, 해당 목록에 포함되지 않는 한 다른 예외는 허용되지 않는 것이다. 이 같은 특성을 고려할 때, 탈북자가 협약 난민으로 될 가능성이 더욱 미미하다고 볼 수 있다.

남북분단 이후 초기에 탈북자들은 대부분이 정치적인 이유로 북한 지역을 이탈한 사람들이었다. 그러나 1970년대에 들어 대한민국의 급속한 경제성장으로 인해 남북의 경제 격차가 심해지고 북한에서는 만성적인 경제난이 계속되면서 이후 탈북자들의 성격은 정치적인 망명에서 경제적 이주의 성격으로 점차 바뀌게 되었다.⁽⁸³⁾ 2010년대에 들어 식량난이 많이 완화되었음에도 탈북자의 수는 여전히 상당하다. 또한, 시대의 변화에 따라 탈북의 원인도 다양해졌다. 정치적 요인, 경제적 요인 외에도 문화적 요인에 근거한 탈북이 상당수 확인된다.

또한, 식량난을 스스로 해결하기 위해 일시적으로 탈북한 주민들이 본국으로 가지고 가는 외부정보에 대한 접촉도 탈북을 촉진하는 원인으로 분석된다. 조선족 보따리장수와 재외 교포들의 북한 방문, 해외 유학생 및 해외 파견자들의 북한 귀환 등을 통해 북한 주민들은 바깥 정보에 노출되었다. 이 같은 외부 정보의 접촉은 북한 주민들에게 체제 비교의 인식을 심어주고 있고, 이로 인한 상대적 박탈감의 심화는 탈북에 대한 욕구를 증가시키는 것이다.⁽⁸⁴⁾

(81) Ibid. para.82.

(82) 한희원 (2014). “북한이탈주민과 그 지원자의 난민성에 대한 법리적 고찰”, <중앙법학>, Vol.16, No.2, p.192.

(83) 박병도, “재중 탈북자와 국제난민법”, <법학논총>, Vol.19, No.1, p.36.

(84) 통일연구원(1999), <북한인권백서>, pp.133~134 참조.

이 같은 다양한 탈북 이유의 등장은, 탈북자의 협약 난민 지위 확정 과정에서의 사실 확정 문제를 중시하도록 요청한다. 즉, 오직 경제적 이유와 문화적 이유로의 탈북은 정치적 박해로 인해 탈북 행위와 구별하여 취급되어야 한다.

나). 국적국 또는 상주국 밖에 있는 자

개인이 본국이나 상주국 밖에 있는지는 협약난민 지위 획득을 위해 충족되어야 하는 객관적인 조건이다. 따라서, 본국이나 상주국 국내에 있으면, 기타 어떤 조항에 부합하더라도 협약 난민 지위를 가질 수 없다.⁽⁸⁵⁾ 여기서 “자국”이라 함은 난민 지위를 요구하는 국적 상태를 말하며 한 당사자가 둘 이상의 국적을 가진 경우 그 국가는 국적을 가진 각 국가를 지칭하다. 이 같은 경우, 해당 개인이 모든 국적국에 의해 보호받을 수 없다는 이유가 있을 경우에만 난민 지위를 부여받을 수 있다.⁽⁸⁶⁾

탈북자는 북한의 국민이고 한국 헌법에 따라 남한 국민 지위도 인정받는다.⁽⁸⁷⁾ 그러나 그의 한국 국적은 오직 대한민국 영토에 들어갈 경우에만, 부여되므로, 탈북자는 중국에 있는 동안 국적국 밖에 있다고 봐야 한다. 만약에 해당 개인이 중국 주재 한국 대사관이나 영사관에 있으면

(85) 1951년 <난민지위에 관한 협약> 제1조 제1항 2(2)를 참조.

(86) 王铁崖主编, 《国际法》, 法律出版社, 1995, p.190. 참조

(87) <대한민국헌법> 제3조 영토조항은 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.” 고 명시하고 있다. 이는 한반도가 한국의 영토라는 규정임과 동시에 곧 북한지역도 한국 영토의 일부로 본다는 것을 의미한다. 한국의 <북한 이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률> 제2조 1항에 따르면 탈북자들은 “북한에 주소, 직계가족, 배우자, 직장 등을 두고 있는 자로서 북한을 벗어난 후 외국의 국적을 취득하지 아니한 자”이다. 한국 헌법상의 영토조항에 근거하면 한국의 주권은 북한지역을 포함한 한반도 전역에 미치는 바, 북한주민은 당연히 한국 헌법이나 국적법상의 국민에 해당한다고 해석되고 있다.

그 신분을 어떻게 간주해야 할지는 비호(庇護)의 관점에서 재평가해야 한다. 추후 다루겠지만, 국제 사회에서는 오직 영토 비호를 인정하며, 영사 재판권이 폐지된 현재 외교 비호는 인정되지 않는다. 무국적자일 경우라도 그의 상주국이 북한이면 북한 국경을 이탈하면 안 된다. 탈북자의 경우 중국과 북한의 국경을 넘는 순간부터 그의 국적국을 떠난 것이므로, 재중 탈북자는 “국적국 또는 상주국 밖에 있는 자”에 해당하다.

다). 국적국 보호의 부재

난민협약에 따라 협약 난민은 “국적국의 보호를 받을 수 없거나, 또는 그러한 공포로 인하여 국적국의 보호를 받는 것을 원하지 아니하는 자와 종전에 상주국에 돌아갈 수 없거나, 또는 그러한 공포로 인하여 그 상주국으로 돌아가는 것을 원하지 아니하는 자”라는 정의를 충족해야 한다.

국적을 가진 사람은 난민 지위를 취득하기 위해 국가의 보호를 받을 수 없거나 그러한 보호를 원치 않는 조건이 필수다. 한 나라의 국민이면 보통 그의 국경 내외와 상관없이 국적국으로부터 보호를 받는다. 그러나 국적국이 적절한 보호를 제공하지 못하는 상황이 되면, 이 같은 가정이 불투명해진다. 예를 들어, 1994년 르완다 정부는 투치족의 학살을 지지했으며, 그 결과 수백만 명의 르완다 사람들이 국적국으로부터 보호받지 못하고 난민이 되었다.

북한의 사례 역시 국적국이 적절한 보호를 제공하지 못하는 상황임이 틀림없다. 탈북자들이 북한 국민으로서 “송환되면 배신자로 처분되어 구금, 고문 내지 사망”의 공포로 인해 북한의 보호를 원하지 않는 것은 명백하다. 따라서 재중탈북자들이 대한민국의 보호를 받으려 애쓴 것도 사

실이다. 대표적으로 북한 국적 취득 후 중국 주재 북한대사관에서 “해외 공민증(海外公民證)”을 발급받은 북한 출신 이영순 씨가 대한민국 국민임을 확인한 한국 대법원 판결이 있다.⁽⁸⁸⁾ 그러나 탈북자에게 한국 국적을 인정하는 한국법과 한국 국내법원 판례의 효력은 오직 한국 국경 이내 또는 한반도에서 발효한다. 그러나 재중 탈북자의 대부분은 중국에 체류 중이며, 이들은 한국 영토에 들어간 적도 없고 따라서 한국과의 사실상 관계가 증명될 수 없다. 게다가 그들이 유효한 대한민국 여권도 소지하고 있지 않기 때문에 중국 정부가 이들을 대한민국 국민으로 대우할 가능성은 매우 희박하다.

협약의 정의에 대한 엄격한 해석은 위에 언급된 다섯 가지 이유 이외의 다른 사안으로 인해 난민 지위의 취득을 정당화하지 못한다. 즉, 탈북자의 난민 지위는 인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유로 박해를 받을 우려가 있다는 충분한 공포로 인하여 국외에 체류하면서 북한의 보호를 받는 것을 원하지 않는 경우에 성립된다.⁽⁸⁹⁾ 자연재해로 본국을 탈출한 사람들은 난민 지위를 부여받지 못하여, 전쟁 재난으로 인해 난민이 된 사람조차도 협약에 규정된 난민 조건을 충족시키지 못한다. 오랫동안 재중 탈북자의 협약 난민 지위를 둘러싼 학자들 간의 논의가 계속되고 있지만, 확정된 결론은 확인하기 어렵다.⁽⁹⁰⁾ 예를 들어, “탈북자가 난민협약상의 난민 요건을 충족한다고 하더라도 난민 지위를 부여할 것인가는 체약국에 의해 좌우된다는 데에 문제가 있다”는 견해도 있지만,⁽⁹¹⁾ 난민 지위의 부여는 일종의 선언 성격에 불과하므로 체약국의 인정이 아닌 탈북자 신분 자체에 집중해야 할

(88) 1996.11.12. 대법원1996 도1221. (1996.11.12.선고 96누1221판결).

(89) 이봉구, “북한이탈주민의 국제적 보호”, <통일과 법률>, 2012.05. p.69.

(90) ibid, pp.77~83.참조.

(91) 이규창(2006). 재중 탈북자 보호와 고문방지협약, 국제법학회논총, 51(1),p.19.

것이다. 물론 UNHCR은 난민 기준의 확대를 주장하지만, 이와 별개로 1951년 난민협약과 난민 의정서에 근거한 국제법적 분석의 결과, 탈북자가 협약 난민이 될 가능성은 매우 적다고 평가된다.

국제법 원칙에 따르면, 국가는 외국인의 입국을 수용할 일반적 의무가 없으며, 무국적자를 포함한 외국인은 다른 국가에 입국할 수 있는 권리도 없다. 난민이라 할지라도, 다른 국가로 입국할 권리는 국제법상 보장되지 않는다. 또한, 난민이 망명 신청을 위해 다른 국가에 입국했다 할지라도, 해당 국가는 그들에게 비호를 제공할 의무가 없다.⁽⁹²⁾ 따라서 탈북자가 난민이 아니라 오직 불법체류자라는 중국 측 주장은 엄격한 의미에서 난민협약 조항 위반으로 볼 수 없다. 그러나 Hathaway가 지적한 것처럼 박해를 피해 도주하는 난민은 일반적으로 망명 국가의 이민 통제법을 부득이하게 위반한 것으로 간주한다.⁽⁹³⁾ 국제 난민법에 따르면, 국가는 국내에 유입된 난민을 다룰 때 불법적으로 입국하는 난민에게도 적절한 특별 보호를 제공해야 하며 그들에게 잠정적 보호라도 제공해야 한다. 따라서 불법 입경자라는 이유로 이들을 강제송환한 중국의 행위가 국제법상 강제송환금지 원칙 위반임에 대해서는 이 논문 제4장에서 자세히 검토할 것이다.

제 2 절 경제적 이주민 해당 여부

(92) 梁淑英, “非法入境难民的处理原则”, 法学杂志, 2008.06 (중국어 원문: 按国际法原则, 国家没有接受外国人入境的一般义务, 外国人(包括无国籍人)也没有进入别国的权利, 即使他们当中的难民也是如此。因为难民是为请求庇护而入境的, 国家没有必须庇护他们的义务。)

(93) James C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005, pp.405~406. 梁淑英, “非法入境難民的處理原則”, <法學雜誌>, 2008.06.참조.

1. 경제적 이주민 정의

Human Rights Watch는 경제적 이유로 본국을 떠난 자들을 “이주민(migrant)”으로 칭했으며, 본국에서의 박해에 대한 공포로 인해 강제송환으로부터 보호될 권리가 있는 자들을 “난민(refugee)”으로 구분했다. 다시 말하면 경제적 이주민(economic migrants)은 난민 정의와 관련되지 않거나 자신의 생활의 물질적인 개선을 구하기 위하여, 경제적 이유로만 자국을 떠난 자를 지칭한다.⁽⁹⁴⁾ 이들은 난민 지위 기준에 속하지 않으므로, 난민으로서 국제적 보호의 혜택을 받을 자격이 없다.

현재 흔히 사용되고 있는 경제 난민이라는 개념은 ‘경제적 지위를 이유로 한 박해’를 받을 염려가 있는 상황이 아닌, ‘박해의 형태가 경제적 성격이 있는 것’을 의미하는 듯하다.⁽⁹⁵⁾ 물론 경제적 이유로 국적국이나 상주국을 이탈하였지만, 이후 변경된 사정으로 인해 난민협약상의 박해를 받을 근거 있는 공포로 인하여 국적국이나 상주국의 보호를 받을 수 없거나 받기를 원하지 않는 자를 포괄적으로 지칭하는 경우도 있다. 결론적으로 경제 난민이란 용어의 사용은 모두 동일한 개념을 바탕으로 하고 있지 않으며 다소 불분명하게 사용되고 있음이 확인된다.

따라서 경제 난민이라는 용어와는 별도로 경제적 형태의 박해 또는 경제적 위해(harm)에 관해 살펴볼 필요가 있다. 박해 수준에 해당할 정도로 교육 또는 고용을 방해하고 징벌적 벌금(punitive fines)을 부과하는 것 등이 이에 해당한다. 이에 해당하는 박해는 대개 정치적 박해를 비롯한 다른 형태의 박해보다 더 엄격한 기준, 즉 생명을 위협하는 정도의 경제적 위해로 설명한다. 경제적 형태의 박해는 호주의 경우에는 법률

(94) UNHCR, 국제의회연맹, <난민보호: 국제난민법 이해>, 국회 의원을 위한 편람 No.2-2001, p.129.

(95) 박병도, 재중탈북자와 국제난민법, 법학논총, Vol.19, No.1, p.43.

로, 뉴질랜드, 캐나다, 미국, 영국 등은 판례로 인정하고 있다. 다만 호주, 미국의 이민항소국 (US Board of Immigration Appeals)는 다른 형태의 박해에 비해 경제적 위해에 더 높은 기준을 요구하고 있고, 캐나다, 뉴질랜드, 영국은 다른 형태 박해의 일반적 기준과 비슷한 정도로 평가하였다.⁽⁹⁶⁾ 미국의 연방항소법원(순회법원)들은 일관된 기준을 보여주지 못해 까다로운 기준을 요구한 판례도 있고 일반적 기준을 적용한 판례도 있다.

이주민이란 난민 정의에 포함된 것 이외의 사유로 다른 국가에 거주하기 위하여 자발적으로 본국을 떠나는 사람을 말한다.⁽⁹⁷⁾ 즉, 난민 정의와 관련되지 않거나 자신의 생활의 물질적인 개선을 구하기 위하여, 경제적 이유로만 자국을 떠난 자이다.⁽⁹⁸⁾ 이주민은 변화나 모험에 대한 욕구로 또는 가족이나 기타 개인적인 이유에 의하여 이주할 수 있다. 만약 그가 오로지 경제적인 고려 때문에 이주한다면, 그는 경제적 이주민일 뿐 난민이 아니다.⁽⁹⁹⁾ 경제적 이주민은 난민 지위 기준에 속하지 않으며 난민으로 국제적 보호의 혜택을 받을 자격이 없다. 중국은 대부분 탈북자를 이른바 경제적 이주민으로 간주하고 본국으로 강제송환한다.

그러나 경제적 이주민과 난민의 구별은, 신청인 출신국의 경제적 조치와 정치적 구별이 항상 명료하지는 않은 것과 마찬가지로, 때로는 분명하지 않다. 개인의 생계에 영향을 미치는 경제적 조치의 배후에는 특정 집단을 겨냥한 인종적, 종교적 혹은 정치적 목적 또는 의도가 있을 수 있다. 경제적 조치가 특정 집단에 속하는 주민의 경제적 존립을 파괴하

(96) 박병도, 재중탈북자와 국제난민법, 법학논총, Vol.19, No.1, p.44.

(97) UNHCR, 국제의회연맹, <난민보호: 국제난민법 이해>, 국회 의원을 위한 편람 No.2-2001, p.129.

(98) Ibid, p.129.

(99) Ibid, p.15.

는 경우 (예를 들어, 특정 민족 집단 또는 종교 집단으로부터 상업에 종사할 권리를 박탈하거나, 이들에게 차별적이거나 과도한 세금을 부과하는 경우), 상황에 따라서 그 피해자가 자신의 국가를 떠나면 난민이 될 수 있다.

같은 판단이 일반적인 경제 조치(즉, 차별 없이 전체 인구에 적용되는 조치)의 피해자에게도 적용되는지는 사안에 따라 다르다. 일반적인 경제 조치에 대한 반대 그 자체만으로는 난민 지위를 주장할 수 있는 타당한 이유가 되지 못한다. 반면에, 외견상 기본적으로 경제적 동기로 인한 출국으로 보이는 것이 실제로는 정치적 요소를 포함할 수도 있고, 그 개인을 심각한 결과에 노출하는 이유가 경제 조치 자체에 대한 반대라기보다는 그 개인의 정치적 의견일 수 있다.⁽¹⁰⁰⁾

2. 해당 여부 분석

탈북자들이 경제 난민인지 또는 경제적 이주민 인지는 그 개인이나 가족의 사실 및 상황을 조사하고 난 후에 결론 내릴 수 있다. 또한, 집단적으로 난민 지위를 인정⁽¹⁰¹⁾하는 것은 가능하지만, 집단으로 일괄하여 난민 지위를 인정하지 않는 것은 국제법에 위반된다.⁽¹⁰²⁾ 특히 국제인권법 학자인 Tarik M. Radwan은 중국이 인종, 종교 또는 국적국에 따른 차별 없이 난민 협약을 적용해야 하는 당사국임에도 불구하고 탈북민을

(100) Ibid, p.15.

(101) 집단적 난민지위 인정 (group determination of refugee status): 대규모 난민 유입의 일부가 되는 모든 사람을 사실상 근거(Prima facie basis)로서 난민으로 간주하는 관행이다. 집단인정으로 개인적인 난민지위의 인정 없이 보호와 지원이 부여된다. (大批难民／大规模涌入人员)

(102) 한희원(2014). 북한이탈주민과 그 지원자의 난민성에 대한 법리적 고찰. 중앙법학, 16(2), p.200.

차별하고 있으며, 난민 평가는 개별적으로 진행되어야 함에도 전체 탈북인을 난민이 아니라고 주장함으로써 협약과 반하는 태도를 보이고 있다고 비판하였다.⁽¹⁰³⁾

따라서 중국은 난민 관련 사실인정 및 선별 절차의 마련이 시급하다. 기존 자료들을 보면 상당한 부분의 탈북자는 “경제 난민”일 가능성이 크고 체류국에서 적절한 보호를 받을 권리가 있다. 탈북자의 사실인정 및 난민 선별 절차는 제5장 제1절에서 다룰 것이다.

제 3 절 소결: 잠정적 보호자 해당

검토한 결과 탈북자들은 협약 난민도 중국이 주장하는 경제적 이주민도 아님이 확인되었다. 재중탈북자들의 인권이 심각하게 침해당하고 있는 실정에서 이들의 국제법상 신분 규명은 어느 때보다 시급히 요청된다. UNHCR의 임무는 일반적으로 부득이하게 거처를 잃은 사람들(people who have been forced to flee)의 권리와 복지를 보호하는 것이다.⁽¹⁰⁴⁾ 보다 구체적인 UNHCR 사무소규정 제6조는 UNHCR 사무소의 권한 대상자를 규정하며,⁽¹⁰⁵⁾ 제7조는 고등관무관의 권한 대상이 아닌 자를 규정한

(103) North Korea: human rights, refugees, and humanitarian challenges: joint gearing before the subcommittee on Asia and the Pacific and the Subcommittee on International Terrorism, Nonproliferation, and Human Rights of the Committee on International Relations, House of Representatives, One Hundred Eighth Congress, Second session, April 28, 2004, pp. 25-33.

(104) 영어 원문: Our primary purpose at UNHCR is to safeguard the rights and well-being of people who have been forced to flee.

(105) 제6조 고등관무관의 권한은 다음의 사람들에게 미친다. A. (i) 1926년 5월 12일 및 1928년 6월 30일의 협정 또는 1933년 10월 28일과 1938년 2월 10일의 협약들, 1939년 9월 14일의 의정서, 또는 국제난민기구 헌장에 의하여 난민으로 간주되었던 자 (법정난민); (ii) 1951년 1월 1일 이전에 발생한 사건의 결과로서, 그리고 인종, 종교, 국적 또는 정치적 의견을 이유로 박해를 받는다는 충분히 근거있는 우려로 인

다.⁽¹⁰⁶⁾ 동 규정 제6조는 UNHCR이 보호 임무를 수행할 권한을 갖는 대상, 즉, 난민의 정의가 규정되어 있는데, 박해 사유 중 ‘특정 사회 집단의 구성원 신분’ 이 없는 것을 제외하곤 1951년 난민협약상 난민의 정의와 거일 같다.⁽¹⁰⁷⁾ 따라서 명시적으로 규정된 UNHCR 보호 대상자는 범

하여 자신의 국적국 밖에 있고, 그리고 국적국의 보호를 받을 수 없거나 또는 그러한 우려로 인하여 혹은 개인적인 사정 이외의 이유로 인하여 국적국의 보호를 받기를 원하지 아니하는 자: 또는 국적이 없고 또한 종전에 상주하던 국가 밖에 있는 자로서, 그 상주국으로 돌아갈 수 없거나, 또는 그러한 우려로 인하여 혹은 개인적인 사정 이외의 이유로 인하여 그 상주국으로 돌아가기를 원하지 아니하는 경우(협약난민), 국제난민기구가 그 활동기간 동안 취한 난민적합성에 대한 결정은 이 조항의 요건을 충족하는 자에게 난민의 지위가 부여되는 것을 방해하지 아니한다. 고등판무관의 권한은 아래의 경우에는 A섹션에 정의된 자에 대하여 더 이상 적용되지 아니한다.(제외사항) (a) 자발적으로 국적국의 보호를 다시 받고 있는 경우: 또는 (b) 국적을 상실한 후 자발적으로 국적을 회복한 경우: 또는(c) 새로운 국적을 취득하고 또한 새로운 국적국의 보호를 받는 경우: 또는(d) 박해받을 우려 때문에 국가를 떠났었거나 국가 밖에서 체류하고 있다가 자발적으로 그 국가에 다시 정착한 경우: 또는(e) 난민으로 인정되게 된 관련 사정이 소멸되었기 때문에, 개인적인 사정 이외의 국적국의 보호를 받는 것을 계속 거부하기 위한 다른 근거를 더 이상 주장할 수 없을 경우, 순전히 경제적인 성격의 이유는 원용될 수 없다: 또는(f) 국적이 없는 자로서, 난민으로 인정되게 된 관련 사정이 소멸되어 종전에 상주하던 국가로 돌아갈 수 있기 때문에, 개인적인 사정 이외에 그 국가로 돌아가는 것을 계속 거부하기 위한 다른 근거를 더 이상 주장할 수 없는 경우. B. 인종, 종교, 국적 또는 정치적 의견을 이유로 박해받을 충분한 우려가 있거나 있었기 때문에 국적국 밖에 있거나 혹은 국적이 없는 경우에는 종전에 상주하던 국가 밖에 있는 자로서, 국적국의 보호를 받을 수없거나 또는 그러한 우려로 인하여 국적국의 보호를 받기를 원하지 아니하는 경우, 또는 국적이 없는 경우에는 종전의 상주국으로 돌아갈 수 없거나 또는 그러한 우려로 인하여 그곳으로 돌아가기를 원하지 아니하는 경우.(‘1951년 1월 1일 이전에 발생한 사건의 결과로서’ 시간 제한을 취소)

(106) 제7조 상기 6조에 정의된 고등판무관의 권한은 다음과 같은 자에게는 미치지 아니한다.(a) 2개국 이상의 국적을 가진 자로서, 그가 국민인 각 국가에 대한 관계에 있어 상기조항의 규정을 충족시키지 못한 경우: 또는 (b) 그가 거주지를 잡은 국가의 권한있는 당국에 의하여 그 국가의 국적보유에 수반되는 권리와 의무를 가지는 것으로 인정된 자: 또는(c) UN의 다른 기관이나 기구로부터 보호나 원조를 계속해서 받고 있는 자: 또는(d) 범죄인 인도조약들의 규정이 적용되는 범죄, 뉴른베르그 국제군사재판소헌장 제6조에 언급된 범죄, 또는 세계인권선언 제14조 2항이 적용되는 범죄를 저질렀다고 여길만한 중대한 이유가 있는 경우.

정 난민과 협약 난민에 불과하다. 그러나 실제로 UNHCR은 그의 보호와 지원을 필요한 모든 사람에 주목해 왔다. 법정 난민, 협약 난민, 지역적 조약을 통해 범위가 확대된 난민⁽¹⁰⁸⁾, 잠정적 보호자, 위임난민, 비호 신청자, 무국적자, 국내 실향민 등을 포함한 광범위한 대상에 보호와 지원을 제공해 온 것이다.⁽¹⁰⁹⁾ 이 중 탈북자에게 적용 가능한 신분은 위임난민, 비호 신청자, 현지난민 세 가지가 있다.

1. 위임난민

위임난민(mandate refugees)은 규정과 관련 유엔총회결의의 권한에 의하여 난민으로 인정한 자이다.⁽¹¹⁰⁾ 위임난민의 지위는 1951년 난민협약과

(107) 조정현, “국제기구를 통한 탈북자 보호에 대한 국제법적 고찰: UNHCR 및 UN 인권이사회를 중심으로”, <통일정책연구>, 제19권 2호, p.216.

(108) 아프리카의 <아프리카단결기구협약(OAU협약)>(1969)은 박해를 이유로 본국을 떠난 경우 사람뿐만 아니라 외세 침략, 점령, 외국의 지배나 공공질서를 심하게 해하는 사태로 인하여 자신의 나라를 떠나야만 했던 사람들도 난민의 개념에 포함시키고 있다.(제1조 제2항) 또한, 중남미 지역의 <카르타헤나 선언(Cartagena Declaration)>(1984)에서는 난민으로 일반화된 폭력, 외국의 침략, 내전, 대규모적인 인권 침해 또는 공공질서를 중대하게 침해하는 기타 사정으로 인하여 자신의 나라를 떠나 사람들을 난민이라고 정의하고 있다. 나아가 내전 등으로 인하여 국내에서 난민과 유사한 상황에 처하게 된 국내실향민도 최근에는 난민에 준하여 UNHCR의 보호대상이 되고 있다. 이에 따라 UNHCR의 일반 관행에 의하면 난민개념에 대한 다음과 같은 새로운 정의를 하기도 한다. 즉, 난민이란 박해, 대규모적인 인권침해, 일반화된 폭력, 무력충돌, 내전 또는 공공질서를 중대하게 침해하는 기타 사정으로 인하여 자신의 생명, 안전, 또는 자유를 위협 당함으로써 자신의 나라를 떠나지 않을 수 없었던 사람들을 의미한다는 것이다.

(109) 刘国福, 《国际难民法》, 世界知识出版社, 2015, p.50.(원문: 1.公约难民, 2.扩展难民, 3.临时保护者, 4.补充保护者, 5.无国籍者, 6.国内流离失所者, 7.自愿遣返者, 8.寻求庇护者, 9.据认为无需给予国际保护的人员); 조정현, “국제기구를 통한 탈북자 보호에 대한 국제법적 고찰: UNHCR 및 UN 인권이사회를 중심으로”, <통일정책연구>, 제19권 2호, pp.216~217. 참조.

(110) UNHCR, 국제의회연맹, <난민보호: 국제난민법 이해>, 국회 의원을 위한 편람

난민 의정서의 당사국이 아닌 국가에서 특히 중요하다. 때때로 사실상 난민 또는 인도적 난민으로 불리는 비(非)난민(non-refugees)의 경우 이들이 본국으로 강제송환 된다면 위협에 처할 수 있는 경우, 인도적 이유로 UNHCR의 보호 대상이 될 수 있다. 이처럼 UNHCR의 관행에 의해 확대된 난민 개념을 위임난민(mandate refugees)으로 부른다.⁽¹¹¹⁾

위와 같은 확대된 난민개념으로서의 난민에 대한 국제적 보호는 최근 들어 서구 국가들의 지지도 받고 있다. 1995년 제50차 유엔 총회에서 유럽연합의 대표는 비록 1951년 난민협약상으로는 보호를 받지 못하는 난민 유사상황(refugee-like situation)에 처한 사람들에 대한 보호를 강화할 필요성을 강조하고, 보호를 해야 하는 모든 사람에 대한 국제적 보호를 위한 조치를 세움에 있어서 UNHCR의 역할을 지지한다고 표명한 바 있다.

즉, 위임난민이 해당 보호를 받은 근거는 유엔의 권한이다. 이러한 위임은 UNHCR 관련 규정 및 유엔총회 또는 경제사회이사회의 여타 결의에 근거한다. 1951년 난민협약이 정의하는 난민에 해당하지 않지만, 탈북자는 국제법상 위임난민의 지위를 가진다.⁽¹¹²⁾ 2003년 9월 29일, UNHCR은 탈북자를 우려 그룹으로 공식 발표하고, 국제법에 따라 위임난민으로 간주할 수 있다고 밝힌 바 있다. 2004년 이후 UNHCR은 재중 탈북자를 분명한 지위의 확정 없이 귀환 시의 안전이 보장되지 않은 상태로, 본국으로 송환시켜서는 안 되는 우려 대상으로 간주한다.⁽¹¹³⁾

No.2-2001, p.129.

(111) 장복희, “국제법상의 난민보호와 그 문제해결”, <국제법학회논총>, 제42권 제2호, 1997, p.184.

(112) 장복희, 2017, <북한이탈주민의 인권보호>, 이화젠더법학, 9(2), p.134.

(113) 박병도, “재중 탈북자와 국제난민법”, <법학논총>, Vol.19, No.1, p.44.

2. 비호신청자

국제법상 비호(asylum)의 개념은, 단순히 일시적 보호 이상의 피난처 혹은 망명처(shelter)의 의미와 영토적 비호를 규율하는 데 있어서 정부 당국으로부터의 적극적인 보호(active protection)의 두 가지 요소를 포함하고 있다. 비호권(right to asylum)은 주권국가의 권리이며 망명을 요구할 개인의 권리는 아니다.

비호에는 영토적 비호와 외교적 비호가 있는데 영토적 비호는 국제관습법으로 확립되었다. 영토적 비호권은 영토주권의 행사로서 국가가 보유하는 권리이지 난민이나 망명자 개인이 외국에 대하여 주장할 수 있는 권리는 아니다.⁽¹¹⁴⁾ 1948년 채택된 ‘세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)’ 제14조 1항에서도 “모든 이는 박해를 피해 다른 국가에서 비호를 구하고 향유할 권리를 가진다”는 규정이 있다. 즉, 비호를 바로 취득하는 권리가 아니라 비호를 “구하고 향유할 권리” 뿐이다.

2014년 7월까지 중국에서 거주하는 인도차이나 난민 이외의 난민은 138명이 있고, 비호 신청자는 410명이 있다. 중국에 있는 외국인들은 중국 주재 UNHCR 대표부에 비호를 신청하여 가정 배경, 사회 배경 및 당한 박해나 당할 가능성이 있는 박해 등의 내용을 진술한다. 중국 주재 UNHCR 대표부는 비호 신청자의 등록, 심사 및 난민 인정 업무를 처리한다. 난민으로 인정된 자는 비(非)인도차이나 난민이나 개인 난민일 경우에 중국 주재 UNHCR 대표부가 그에 대해 등록, 선별, 안치 등 업무를 처리하고 중국 주관기관이 그를 관리한다.⁽¹¹⁵⁾

중국 주재 UNHCR 대표부 고등관무관은 2014년 7월에 다음과 같이 언

(114) 이봉구, “북한이탈주민의 국제적 보호”, <통일과 법률>, 2012.05. p.76

(115) 刘国福, 《中国难民法》, p.225.

급하였다. 즉, 비중국 국적 소지자 누구든지 중국 주재 UNHCR 대표부에 비호를 신청할 수 있으며, 여권을 가지고 이름, 국적, 생년월일 및 난민이 된 이유 등을 등록하면 비호신청자 증명서를 받을 수 있고, 난민 선별 면담을 예약할 수 있다고 언급한 것이다.⁽¹¹⁶⁾ 비호신청자 증명서를 받은 비호 신청자는 중국公安 기관에서 거류(居留) 등록을 해야 중국 주재 UNHCR 대표처가 그의 난민지위 심사하는 동안에 중국에서 합법적 신분으로 체류할 수 있다. 비호 신청자 증명서는 보통 발급날짜로부터 두 달 동안 유효하다. 두 달이 지나도 면접을 진행되지 못한 경우, 중국公安 기관이 원래 발급한 거주등록표를 지참하여 새로운 비호 신청자 증명서를 발급받을 수 있다. 새로운 비호 신청자 증명서의 유효기간은 보통 4개월이다.⁽¹¹⁷⁾

이를 통해 중국에는 비호신청, 즉 난민 지위 신청을 받을 전문 국가기관이 없고 주로 중국 주재 UNHCR 대표부를 통해 난민신청자의 정보를 이전받고 등록하여 관리하는 것을 알 수 있다. 이 밖에 중국 2012년 출경입경관리법 제39조, 제46조와 1987년 여권업치안관리조례⁽¹¹⁸⁾ 제6조는 여권에서 거주하는 외국인에 대한 등록 방법을 규정한다.公安 기관 파출소는 해당 관할 구역의 비호 신청자 거주 상황을 관리한다.

중국에 있는 비호 신청자들은 중국에 들어왔을 때 모두 합법적인 신분 증명서나 비자를 가지고 입국했다. 중국의 국경관리는 엄격해서 대부분 난민신청자, 즉 비호 신청자는 학생 비자나 여행 비자를 가지고 합법 경로로 중국에 입국한 것이다. 또, 비호 신청자는 중국公安기관에 거주등록 시 현주소, 본인 여권, 비호 신청자 증명서 등 서류를 제출해야 한다.

탈북자의 경우는 유효 신분 증명서나 중국 비자가 없어서 비호를 신청

(116) 方澎晨, 外国难民活在中国, 《Vista 看天下》, 2014 (19) .

(117) 劉國福, 《中國難民法》, pp.225-229.참조.

(118) <旅館業治安管理條例>, 2011년 수정되었다.

할 때 여러 가지 절차상의 어려움이 있다. 그리고 비호를 신청해도 곧 중국 공안기관에 등록 및 자료를 이전해야 하기 때문에 오히려 신분이 노출되고 강제송환 위험에 빠질 것이다. 따라서 법적으로는 탈북자들이 비호 신청자로서 해당 보호를 받을 권리가 있지만 실제로는 비호 신청자로서 중국에서 생활하는 탈북자가 없다.

3. 현지난민

현지난민은 현지에 체류하던 중 난민이 된 자를 의미하며, 출신국을 떠났을 때 난민이 아니었던 자가 그동안의 사건으로 이후에 난민이 된 상황을 상정한다. 즉, 본국을 떠날 당시에는 난민이 아니었지만, 이후에 난민이 된 사람을 소위 “현지 체류 중 난민”이라고 한다.⁽¹¹⁹⁾

현지난민 지위의 부여는 출신국에서 일어난 쿠데타나 비호국에서 행한 정치적 활동과 같이 박해의 공포가 상황의 변화에 근거한. 북한에서 쿠데타가 일어나는 확률이 낮다. 즉, 탈북자들이 북한을 떠났을 때 난민이 아니지만, 북한으로 돌아갈 때 그가 탈북한 후 벌어진 사건이나 그가 중국에서 행한 정치적 활동 때문에 박해를 받을 우려가 있다면 현지난민이 될 수 있다. UNHCR은 박해로 인해 조국을 떠난 사람들뿐 아니라 자국으로 되돌아가게 될 경우 부당한 형벌과 박해의 우려가 있는 자 역시 현지에 체재 중에 난민이 된 자로 난민으로 간주하도록 권고한다.⁽¹²⁰⁾

(119) <난민의 지위에 관한 1951년 협약 및 1967년 의정서에 의한 난민지위의 인정기준 및 절차 편람과 지침>, UNHCR, (영문 개정판, 제네바, 2011년12월) 한글판, 서울, 2014년9월. para.94.

(120) UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees. HCR/IP/4/Eng/REV.1 Reedited, Geneva, January 1992, UNHCR 1979, para.94~96

재중 탈북자들이 현지난민으로 허용될 수 있는 근거는 적어도 두 가지다. “첫째는 북한 노동당 정권이 전제(专制) 정권 체제라는 근본적인 속성과 국가탈출 자체를 정치범으로 간주하는 북한 체제의 속성”이며, “둘째는 강제송환된 탈북자들을 사형까지 가혹하게 처벌할 것을 규정한 북한 형법의 존재”이다.⁽¹²¹⁾

중국은 1951년 난민협약의 체약국으로서 실제적인 사실 평가 및 난민 선별 절차 없이 탈북자들의 난민 지위를 일괄적으로 부정할 수 없다. 또한, 재중 탈북자들을 국제법상의 다른 마땅한 지위(현지난민, 위임난민 등)를 활용해서 탈북자의 인권을 제대로 보호할 국제적 의무가 있을 것이다. 따라서 이 점에 대해 중국의 입장을 비판하고 기존 국내법을 적용해서 탈북자에게 기본적 보호를 제공해야 한다는 것을 밝힌다. 특히, 중국의 난민 관련 사실인정 및 선별 절차의 도입이 시급히 요청된다. 중국의 북한으로의 강제송환 정책은 제4장에서 본격적으로 다룰 것이다.

(121) 한희원(2014). 북한이탈주민과 그 지원자의 난민성에 대한 법리적 고찰. 중앙법학, 16(2), p.201.

제 4 장 중국 정부 입장에 대한 국제법적 검토

앞서 검토한 제2장은 여러 가지 경로를 통해 중국 정부가 탈북자에 대한 태도를 밝혔다. 또한 제3장은 재중탈북자의 국제법상 지위 가능성을 검토했다. 이를 통해 이 글의 연구 대상인 탈북자에 대한 중국 측 정책과 재중탈북자한테 적용 가능한 국제법상 신분을 파악했다. 이어서 이러한 중국의 탈북자 정책을 국제법적 측면에서 분석하고 해당 개선 방안을 검토하는 것이 의미가 크다. 따라서 제4장은 주로 중국 정부 입장을 국제법적으로 검토한다. 예를 들어, 재중탈북자를 북한으로 강제송환하는 주요 법적 근거인 중조양변의정서를 살펴보고 분석해야 한다. 그중에서도 강제송환과 관련되는 조항을 알아야 하고 이 의정서의 국제법상 효력을 검토한다. 제2절은 중국 정부의 탈북자를 강제 송환 행위가 흔히 비난받는 근거인 강제송환금지원칙에 관한 내용이다. 이 원칙은 여러 조약에서 언급되는데 이를 면밀히 살피고, 재중탈북자 문제에 적용하여 검토할 필요가 있을 것이다. 마지막 제3절은 재중탈북자에 대한 중국 정부의 국제법상 의무를 검토한다. 주로 인권 조약상의 의무, 국가책임의 부과 및 UNHCR과의 협력 의무를 나눠서 중국의 탈북자 강제송환행위를 분석한다.

제1절 중조양변의정서를 통한 검토

1. 중조양변의정서 관련 조항

중화인민공화국 중앙인민 정부의 설립 후, 중국은 북한과 다양한 협약

및 의정서를 체결해왔으며, 국제조약에도 가입해왔다. 현재까지 발효 중인 협약 중 탈북자 문제와 관련된 것은, 1998년 7월 8일 북경에서 채택하고 1998년 8월 28일 발효한 ‘중국과 북한 간 변경지역의 국가안전과 사회질서 유지업무를 위한 상호협력의정서(中华人民共和国公安部朝鲜民主主义人民共和国国家安全部关于在边境地区维护国家和社会秩序的工作中相互合作的议定书)’이다. 동 의정서 제10조 제2항은 “본 의정서는 유효기간이 20년으로 하며 기간이 만료되기 6개월 전에 당사국의 어느 일방이 서면을 통해 다른 일방에게 본 의정서를 종료하자는 요구를 하지 않는 한 자동으로 5년간 연장된다”고 규정한다. 따라서 적어도 2018년 8월 28일까지 해당 의정서는 발효하며 중국과 북한에 구속력을 가진다.

탈북자 등 불법 월경자에 관한 규정은 주로 상기 의정서 제4조와 제5조에 두고 있다. 제4조는 쌍방 주민의 불법 월경 방지업무에 관해 상호 협력에 대한 규정이다.⁽¹²²⁾ 그중에서 제4조 제1항은 불법 월경자의 정의를 명시한다. 즉, 합법적인 증명을 소지하지 못하면 불법 월경자로 해당한다. 이와 동시에 불법 월경자의 예외 상황도 규정했다. 하나는 월경의 이유에 관한 예외다. 즉, 재해 및 부득이 한 이유로 월경한 자가 불법월경자가 아니다. 다른 하나는 변경주민 국경통행증을 소지하고 공안, 출입국 업무 기관의 허락을 받고자 비(非)변경지역으로 들어온 자이다.

재중탈북자가 20세기 90년대 이후 북한에서 벌어진 자연재해는 ‘재해’

(122) 4-1, 합법적인 증명을 미소지하거나 소지한 증명에 명시된 통행지점 및 검사기관을 거치지 않고 월경한 경우, 불법 월경자로 처리한다. 단, 재해 및 부득이 한 원인으로 어느 일방의 경내로 진입한 상대방의 인원 에 대해서는 불법월경자로 보지 않는다. 변경주민 국경통행증을 소지하고 공안, 출입국 업무 기관의 허락을 받고자 비 변경지역으로 들어온 자에 대해서는 불법 월경으로 보지 않는다. 4-2 불법월경 인원 에 대해서는 상황에 따라 그 명단 및 관련 자료를 상대방에게 넘겨준다. 단 월경 후 범죄행위가 있는 경우에는 본국의 법률에 따라 처리하되 그 상황을 상대방에게 통보한다.

에 해당할 것이다. 따라서 오직 자연재해로 인한 기근 때문에 월경한 탈북자는 불법 월경자로 처리할 수 없다. 전문에서 언급했던 “경제 난민”으로 간주하는 것은 타당한 것이다. 부득이한 경우를 제외하고는, 다른 이유에 근거하여 탈북할 경우 불법 월경자로 처리될 것이다.

제4조 제2항에 따르면, 불법 월경자에 대한 인신 인계를 하지 않고 그의 명단 및 관련 자료만을 상대방에게 넘겨준다. 그리고 월경 후 범죄행위가 있는 경우에는 본국(탈북자의 경우: 중국)의 법률에 따라 처리하되 그 상황을 상대방(재중 탈북자의 경우: 북한)에게 통보만 한다. 따라서 제4조는 강제송환금지 원칙을 위반하지 않는 것이다.

제5조는 쌍방 범죄자 처리문제의 상호 협력 관련 규정이다. 제5조 제1항에서 중국과 북한 서로 불법 월경자가 범죄인으로 처리된 경우의 상호 협력 의무를 규정했다. 특히 제5조 제1항 b에서 규정되어 있는 인신 인계 의무를 면밀히 살펴볼 필요가 있다. 그리고 제5조 제1항 c에서 규정되어 있는 추적 체포나 최종의 인신 인계 의무도 자세히 살펴볼 필요가 있다.

일방이 상대방의 경내에서 범죄를 저지른 후 자국 경내로 월경한 상대방의 범죄자를 발견하면 상대방에게 조속히 인계해야 한다.⁽¹²³⁾

일방이 상대방의 경내로 도망해 들어간 범인을 계속 추적, 체포할 수 없으면은 상대방에게 조사, 체포를 위탁할 수 있으며, 위탁을 받은 측은 가장 이른 시일 내에 범인을 체포하여 관련 자료와 함께 일방에게 인계해 주어야 한다. 만약 체포된 범죄자가 상대방의 경내에서 범죄를 저질렀을 경우 쌍방의 협상을 거쳐 체포한 측의 법률에

(123) 중조양변의정서 제5조 제1항 b 중국어 원문: 一方如果查获在对方境内犯罪后越入本方境内的对方犯罪嫌疑人员, 应当将其及时移交对方.

의거 처리할 수 있으며 이 때 그 정황을 상대방에게 통보해 준다.⁽¹²⁴⁾

이어서 중조양변의정서 제5조 2항부터 5항까지 다른 협력 의무를 규정했다.⁽¹²⁵⁾ 위 조항에 규정된 “범죄자”는 중국과 북한 양국 형법상 공동 규정되어 있는 범죄자인지, 또는 일국 형법상 규정되어 있는 범죄만 해당하면 되는지에 대해선 구체적인 해석이 부재하다. 이 의정서를 문맥을 살펴보면 후자일 가능성이 상당함을 확인할 수 있다. 그러나 국제법 인도(引渡)조약의 관습을 따르면 양국 모두에게 범죄이어야 할까? 즉, 양국이 인도조약을 맺는데 자국의 의지 이외에 국제관습법이나 강행 규범을 준수해야 한다. 예를 들어 정치범 불인도, 3년 징역 이하의 범죄를 원칙적으로 불인도 등 국제 사회에서 흔히 인정된 원칙을 준수해야 한다. 그러면 중조양변의정서 제5조 제1항 b에서 약속한 범죄자 인도 조항은 이러한 공인된 원칙을 위반해서 무효가 될 가능성이 있을까? 의정서 전부가 아니라 할지라도, 해당 조항 일부가 무효가 될 수 있는지 검토해야 한다.

(124) 중조양변의정서 제5조 제1항 c 중국어 원문: 一方对逃入对方境内的犯罪嫌疑人员, 不准越入对方境内追捕和搜查, 可委托对方调查缉捕; 受委托的一方应当尽快将其缉捕, 连同有关材料一并移交对方。 如果被查获的犯罪嫌疑人员, 在查获的一方境内犯有罪行时, 查获的一方可依照本国法律处理, 并将情况通报对方。

(125) 5-2 쌍방은 상대방 변경의 안전 및 사회질서를 해치는 정보자료를 얻었을 경우 이를 상호 통보해 준다. 5-3 양국에 관련된 안전에 관해서는 협상을 거쳐 자국의 조사업무를 책임지고 긴밀한 연계를 기지며 상호 상황을 알아 본다. 5-4 범죄를 저지를 가능성이 있는 자가 상대방의 경내로 이주할 경우, 그 자료를 상대방에게 전달한다. 5-5 일방은 자기 경내로 이주해온 상대방 인원 에 대한 신분이 불확실할 경우 상대방에 조사를 위탁할 수 있으며 위탁을 받은 측은 조사하여 답변해 주어야 한다. 만약 자기 경내를 거쳐 상대방 경내로 들어가는 제3국인이 상대방의 안전에 위해를 할 가능성이 있다고 판단되면 관련자의 신분 및 상황에 관한 자료를 상대방에게 통지해야 한다.

또한, 재중탈북자의 강제송환이 해당 의정서에 의거한 조치인지에 대해서도 명확한 입장 성명이 없다. 제2장에서 소개한 중국 정부의 입장은 그냥 “늘 국내법, 국제법, 인도주의에 따라서 처리한다” 고만 강조했을 뿐 그 어떤 구체적인 법적 근거도 명시한 적이 없는 것이다. 이렇게 모호한 입장 성명도 역시 중조양변의정서의 해석과 효력을 분석하는 데 불확정한 요소를 가져온다. 유일하게 확정되는 것은 바로 재중탈북자들은 북한으로 강제송환되면 그의 생명과 자유가 박해를 받을 것이다. 이에 대해 한국 통일연구원이 발행한 연간 학술지인 <통일인권백서>에서 흔히 사실 조사 증거와 법적 근거를 찾을 수 있다.

예를 들어 탈북자의 신분에 관해 북한 형법은 탈북행위를 비법국경출입죄와 조국반역죄로 구분하여 처벌하고 있다. 비법국경출입죄에 대해서는 “1년 이하의 노동단련형을 부과하되, 정상이 무거운 경우에는 5년 이하의 노동교화형까지 부과할 수 있다” (제221조). 그리고 조국반역죄에 대해서는 “공민이 조국을 배반하고 다른 나라로 도망쳤거나 투항, 변절하였거나 비밀을 넘겨준 조국반역행위를 한 경우에는 5년 이상의 노동교화형에 처한다. 정상이 특히 무거운 경우에는 무기로노동교화형 또는 사형 및 재산몰수형에 처한다” 고 규정한다(제68조).

또한, 탈북자에 대한 처벌은 형법 이외에도 북한 인민보안단속법과 북한 행정처벌법에도 근거를 두고 있다. 인민보안단속법 제30조는 “인민보안기관은 려행질서, 걸어다니는 질서를 어기는 행위를 단속한다” 고 규정하고 있으며, 제57조는 위반자에 대해 인민보안기관이 직접 벌금을 물릴 수 있다고 명시하고 있다. 물론 이러한 인민보안단속법은 직접적으로 탈북행위에 대한 처벌이라기보다는 북한 주민들이 탈북을 위해 국경지역으로 이동하는 것을 차단하는 데 활용된다.

행정처벌법 제185조는 국경출입질서를 어긴 행위에 대해 경고, 엄중경

고, 몰수 또는 3개월 이하 무보수 노동, 노동교양을 규정하고 있다. 그리고 제194조는 여행 질서 위반행위와 불법적인 통제지역 출입행위에 대해 경고, 엄중 경고, 벌금, 3개월 이하의 무보수노동, 노동교양을 부과할 수 있으며, 정상이 무거운 경우에는 3개월 이상의 무보수노동, 노동교양, 강직, 해임, 철직(직위 해제) 처벌을 부과할 수 있는 것으로 규정한다.

이상으로 탈북자는 북한 국내법상 범죄인에 해당하는 것은 명백하다. 동시에 재중탈북자는 중국법상 출입국관리법, 변경관리구역 통행증관리조례(边境地区通行证管理办法)을 위반할 가능성이 크다. 그러나 이후에도 오직 이러한 양국 국내법 조항에 따라서 탈북자를 인도(引渡)의 대상을 간주할 수 있을지의 문제가 제기된다. 이 문제를 규명하기 앞서 아래와 같이 중조양변의정서의 효력을 분석할 것이다.

2. 해당 조항 국제법 위반 여부 평가

국제 사회는 일반적으로 1969년 채택된 ‘조약법에 관한 비엔나 협약(Vienna Convention on the Law of Treaties: VCLT)’에 따라 한 국가가 체결한 조약의 유효성을 판단한다. 즉, VCLT 제53조, 일반 국제법의 절대 규범(강행 규범, *Jus Cogens*)과 충돌하는 조약에 관한 조항이다.

“조약은 그 체결 당시에 일반 국제법의 절대규범과 충돌하는 경우에 무효이다. 이 협약의 목적상 일반 국제법의 절대 규범은 그 이탈이 허용되지 아니하며 또한 동일한 성질을 가진 일반 국제법의 추후의 규범에 의해서만 변경될 수 있는 규범으로 전체로서의 국제공동사회가 수락하며 또한 인정하는 규범이다.”

강행 규범은 국제 공동체의 모든 구성원에 의해 보편적으로 인정되며, 조약을 통해서도 이탈할 수 없는 국제법상 규범으로 정의된다. 즉 조약의 당사국이 이러한 수준의 법률 규범과 상충하는 국제 조약을 체결하는 것을 금지하거나, 국가가 그러한 상위 법률 표준을 위반하여 조약을 체결할 경우 해당 협약은 자동으로 무효가 된다. 예를 들어, VCLT 제53조에 따르면 해적 행위를 지원하는 국가 간의 조약, 대량 학살에 근거한 국가 간의 조약 수립 및 다른 국가에 대한 무력 침략에 대한 국가 간의 조약은 무효로 되고 체결국은 이 무효 조약에 따라 상대방에 이행 의무를 주장할 수가 없다. 조약, 국제 관습 및 국제법 학설은 몇 가지 특정한 원칙을 강행 규범으로 인정했다. 그러나 강행 규범의 보다 구체적이거나 특정한 범주와 관련하여 국제 사회는 일반적인 합의에 이르지 못하고 있으며, 이는 강행 규범을 규명하고 적용하는데 실제적인 어려움으로 이어진다.

국제법상 규칙이 강행 규범에 해당하는지를 결정하기 위해서는 다음과 같은 핵심 요소에 대해 고려가 수반되어야 할 것이다. 첫째, 전체로서의 국제 공동사회가 수락하며 또한 인정한다. 둘째, 조약을 체결할 때 이탈이 허용되지 않는다. 세 번째, 관습 국제법으로 인정된다. 네 번째, 위반 시 심각한 결과가 초래된다.⁽¹²⁶⁾

중조양변의정서 체결 시 의정서 조문이 그 당시의 강행 규범과 상충하여야 의정서 자체가 무효가 될 수 있다. 강제송환금지 원칙은 제노사이드 및 침략 범죄 같은 국제사회에 의해 강행 규범으로 인정된 행위에 포함되지 않음은 분명하다. 관습 국제법으로 인정되지만 그만큼 심한 행위로서 전체로서의 국제 공동사회가 수락하며 또한 인정하지 않는다. 또

(126) 李浩(2009), 国际法上的“强行法”规范初探, 《现代法学》, Vol.31, No.1, p.116. 참조.

한, 강제송환금지 원칙을 위반 시 제노사이드나 침략 범죄만큼 심각한 결과가 초래되지 않다. 따라서 강행규범을 위반해서 중조양변의정서가 무효가 된다고 주장할 수 없을 것이다. 1961년, 1986년에도 중국과 북한이 우호협력조약이나 의정서⁽¹²⁷⁾를 체결한 바가 있는데 이처럼 국가들이 서로 범죄인 인도를 포함한 우호협력조약을 맺는 것이 정상적인 체약 행위이고 중조양변의정서 자체는 효력 상 하자가 없다.

그러면 중조양변의정서를 근거로 재중탈북자를 북한으로 인도할 수 있을까? 중국의 조약 이행 의무와 강제송환금지원칙이란 국제관습법 준수 의무는 과연 상충될까? 이는 북한 당국이 탈북자들을 국내법상의 범죄인으로 규정하고 그들이 체류하고 있는 중국에 대하여 범죄인 인도를 요구하는 경우에 중국은 이에 응해야 할 조약 이행 의무가 있는가의 문제이다.⁽¹²⁸⁾

이에 대해 가장 논란이 많은 부분이 바로 중국이 재중탈북자를 강제 송환하는 근거인 1998년 중조양변의정서 제4조이다. 제4조는 중국과 북한은 범죄 용의자의 수사과 인계(인도, 引渡)에서 서로를 도울 의무가 있다는 규정이다. 다시 말하면, 상대방 국민의 본국 송환이나 이전의 전제 조건은 “범죄인”의 존재이다.

앞선 중국 당국의 서한 부분에서 분석했듯 불법 월경만으로는 “범죄인”으로 구성되지 못하여 중조양변의정서에 따라 북한으로 탈북자를 추방이나 인도하지 못하다.⁽¹²⁹⁾ 즉, 일반 범죄를 저지르지 않고 오직 불법 수단으로 국경을 넘는 탈북자를 북한으로 송환하지 않아도 중조양변의정서를 위반하지 않는 것이다. 따라서, 중조양변의정서와 1951년 난민협약,

(127) 1961년, <中朝友好合作互助条约>; 1986년 <中朝双边协定>.

(128) 이예령 (2004), “제중 탈북자의 국제법적 지위와 그 문제 해결에 관한 연구”, 서울대학교 대학원, p.38. 참조.

(129) 본고 pp. 11~14 참조.

고문방지협약⁽¹³⁰⁾상의 강제송환금지조항과 상충된다고 해서 그 중 어느 것을 우선하여 적용할 것인가는 문제가 아니다. 중조양변의정서를 지키는 것과 강제송환금지 원칙을 준수하는 것은 모순되지 않기 때문이다.

그럼에도 불구하고 중국은 해당 의정서에 근거하여 강제송환 조치를 취했다. 그 현실적 이유는 재중탈북자를 송환하지 않을 경우 발생할 북한과의 정치적 긴장을 고려한 것으로 보인다. 이는 사회 질서 안정 및 난민 보호의 부담이라는 국내 정치적 요소와 융합되어 일관된 강제송환 정책으로 이어졌다. 중국 정부 당국의 난민 판정 없이 무조건 탈북자를 강제송환하는 행위는 국제법, 특히 강제송환금지 원칙을 위반할 가능성이 크다. 강제송환금지 원칙이 비록 강행 규범 지위는 획득하지 못했을지라도, 국제관습법으로서 인정되는 것은 확실하다. 이는 국제관습법인 강제송환금지 원칙의 명백한 위반임에도 불구하고 90년대 이후로 약 20여 년 간 지속해서 행해져 왔다. 이 행위 자체에 대한 평가도 제2절에서 진행할 것이다.

제2절 국제법상 강제송환금지 원칙을 통한 검토

중국은 탈북자들을 강제송환하기 위해 탈북자 색출 범위를 확대하는 것으로 보인다. 이러한 강제송환은 북한 정부가 수 십 명의 난민을 감옥에 가두고 고문했다는 것을 의미한다. 2016년 7월부터 중국은 제3국의 보호와 탈출을 돕는 사람들의 네트워크를 통해 중국을 통해 이동하려는 북한인 그룹에 대한 단속을 강화한 것으로 보인다.⁽¹³¹⁾ 이러한 중국 정부

(130) 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약 (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Decrading Treatment or Punishment: 고문방지협약)

(131) Human Rights Watch, “North Korean Refugees Trapped by China’s

의 행위를 우선 난민협약상 강제송환금지 원칙으로 분석한다.

1. 난민협약상 강제송환금지 원칙

강제송환금지의 원칙은, 가장 넓은 의미로는, 난민은 박해, 여타 학대 또는 고문(persecution, other ill-treatment or torture)을 받을 수 있는 국가로 송환해선 안 된다는 원칙이다.⁽¹³²⁾ 다시 말하면 어느 사람도 자신의 생명 혹은 자유가 위협받을 수 있는 국가로 그의 의지에 반하여 난민을 강제로 송환할 수 없다는 국제법 원칙이다. 또한 이 원칙은 난민의 인권을 최소한이라도 보장하자는 취지에서 형성된 것이며 이 원칙은 관련 국제 문서와 다수 국가의 국내법이 인정하는 국제법상의 원칙이다. 강제송환금지의 원칙은 유엔 난민협약 제정 이후 다른 국제문서에도 규정되어 있지만, 1951년 난민협약 제33조에서 가장 정교하게 규정되었다 할 수 있다. 그 내용은 다음과 같다.

“체약국은, 어떠한 방법으로도 인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원 신분 혹은 정치적 의견을 이유로 그 생명이나 자유가 위협받을 우려가 있는 영역의 추방하거나 송환하여서는 아니 된다.

체약국에 있는 난민으로서 그 국가의 안보에 위협하다고 인정되기에 충분한 타당한 이유가 있는 자 또는 특히 중대한 범죄에 관하여 유죄의 판결이 확정되고 그 국가 공동체에 대하여 위험한 존재가 된 자는 이 규정의 이익을 요구하지 못한다.”

ExpandingDragnet”<https://www.newsdeeply.com/refugees/community/2017/09/18/north-korean-refugees-trapped-by-chinas-expanding-dragnet>

(132) Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3rd ed. Oxford University Press, New York, 2007, p. 201.

이 규정은 사실상 협약난민(정치적 난민)에게만 해당하는 규정이다. 다만, 국가안보에 위협한 경우와 중대한 범죄로 유죄 판결을 받아 국가에 위협한 존재인 경우는 예외를 인정하였다. 또한, 동 협약 제42조에서 강제송환금지의 원칙(제33조)은 어떠한 국가도 서명, 비준 또는 가입 시에 유보할 수 없도록 하고 있다. 그러나 이와 동시에 국가는 진정한 난민(bona fide refugees)을 자국 영토에 수용할 국제법상 의무도 없으므로 각국 정부의 재량에 상당한 여지를 남겨 둔다.⁽¹³³⁾

비록 일부 학자들은 강제송환 금지 원칙이 국제관습법으로 확립되기 어렵다고 주장한다. 국제관습법으로 되기에 필요한 법적 확신을 수반한 통일적이고 집약적인 국가 관행에 의하여 충분히 지지가 되지 않기 때문이다. 즉, 강제송환금지 원칙은 오직 형성 중인 국제관습상의 원칙 또는 서구, 미주 및 아프리카 지역에서의 지역적 국제관습법상의 원칙으로 평가하는 것이다.

그러나 다수의 학자는 강제송환금지 원칙이 국제관습법으로 성립되었다고 보고 있다. 난민협약 이후 국제조약, 결의나 선언, UNHCR의 활동을 통해 국제관습법화 되었으며 난민협약 제33조는 국제관습법을 성문화한 것으로 보고 있다. 필자도 강제송환금지 원칙은 이미 관습법화된 것으로 생각한다. 왜냐하면 강제송환금지 원칙이 규정된 난민협약을 현재 147개국이 가입하고 있으며 강제송환금지 원칙은 협약상 유보가 금지되는 동시에 강행 규범으로 인정되고 있어 국제관습법이 되었기 때문이다.⁽¹³⁴⁾ 강제송환금지는 국제관습법 일부로 널리 받아들여지고 있다. 이

(133) Jaeng Saeng Bae, Seryon Lee (2008). Human Rights Accountability for North Korean Escapees. 법학연구, 27, p.183.(영어 원문: However, at the same time States are not required to admit bona fide refugees to their territories, thereby leaving substantial room for a state's discretion.)

(134) 조백기, “국제법상 북한인권문제에 관한 연구”, 한국해양대학교 대학원 해사 법학과박사 학위 논문, 2004, p.206-207.

는 난민협약의 제약국이 아닌 국가도 강제송환금지 원칙을 준수하여야 함을 의미한다. 국가는 난민협약과 국제관습법에 의하여 강제송환금지 원칙을 준수할 의무가 있다. 이 원칙이 침해되거나 위협받는 경우, UNHCR은 관련 권한을 개입함으로써 대응한다.

강제송환금지 원칙의 수용에는 강제송환금지 원칙은 반드시 각국의 국내법에 편입되어야 한다. 그러기 위해서는 외국인 입국과 국경관리요건에 관한 법은 비호를 신청자와 다른 사유로 국가에 입국하기를 원하는 자간의 차이를 명시해야 한다.

또한, 강제송환금지 원칙은 1951년 난민협약 제33조 1항에 해당하는 난민뿐 아니라, 적절한 상황의 초기 기간 동안(during an initial period and in appropriate circumstances) 비호 신청자에게도 적용되어야 한다.⁽¹³⁵⁾ 그러나 탈북자들이 비호 신청자에 해당하지만 이들에 대한 보호는 전혀 발견되지 않는다. 이 같은 국제난민법의 한계는 국제인권법을 통해 상당 부분 보완될 수 있을 것이다.⁽¹³⁶⁾ 그중에서도, 국제 인권 보호 장전의 일부인 고문방지협약에서 규정되어 있는 강제송환금지 원칙을 이어서 분석한다.

2. 고문방지협약상 강제송환금지 원칙

난민협약과 국제관습법 이외에 강제송환금지의 원칙은 고문방지협약⁽¹³⁷⁾등 기타 조약에서도 중요한 지위를 차지한다. 고문방지협약 제3조는

(135) Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3rd ed. Oxford University Press, New York, 2007, p.232.

(136) 조정현(2009), 국제인권법상 탈북자의 보호가능성 및 그 실행, 국제법학회논총, 54(1), p.185

(137) <고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약>, 이하 <고문방지협약>으로 약칭.

고문을 받을 위험이 있는 국가에 어떤 사람이라도 송환하는 것(expel, return or extradite)을 금지한다고 명확히 규정하고 있다.

“어떠한 당사국도 고문받을 위험이 있다고 믿을 만한 타당한 근거가 있는 다른 나라로 개인을 추방·송환 또는 인도하여서는 아니 된다.

위와 같이 믿을 만한 근거가 있는지를 결정하기 위하여, 권한 있는 당국은 가능한 경우 관련 국가에서 현저하며 극악한 또는 대규모 인권침해 사례가 꾸준히 존재했는지 여부를 포함하여 모든 관련 사항을 고려한다.”

유엔인권위원회(United Nations Commission on Human Rights)는 난민협약에서 규정된 것과 달리 고문방지협약의 강제송환금지 원칙은 절대적 효력을 지니며, 모든 사람에게 적용된다고 해석했다. 즉, 이는 해당 개인이 난민 지위를 획득했는지의 문제와 별개로, 모든 사람에게 적용된다는 것이다. 또한, 해당 원칙은 국제관습법으로 인정되고 있다.⁽¹³⁸⁾

탈북자 강제송환문제에 대하여 한국을 비롯한 국제사회는 본인의 의사에 반하는 강제송환은 인권에 반하며, 중국과 북한은 국내법과 양국협정에 의거해 불법 월경자를 본국에 송환할 수 없다고 비판한다. 해당 쟁점은 강제송환 가능 여부에 대한 찬반을 넘어 한중 간 외교 쟁점으로도 부각되면서 양국관계의 악재로 작용하고 있다. 이 같은 문제는 다양한 요소로 인해 그 해결방안의 도출이 쉽지 않다.

북한과 중국 사이 국경관리와 안전이라는 차원에서 중국은 불법 월경자를 단속하면 북한으로 송환하고 있다. 실제로 중국 내 탈북자는 명백한 정치적 망명 의지를 가진 정치 난민과 경제적 이유로 일시 중국에 나

(138) 劉國福, 《國際難民法》, p.13. 참조.

은 경제적 난민이 혼재되어 있다. 이는 정치적 망명과 경제적 난민을 구분하지 않고 모든 탈북자를 난민으로 규정할 수 없는 근거가 된다.

이 문제에 관한 UNHCR의 관행에 의하면 강제송환금지의 원칙은 대량 난민 사태에 있어 국경에서의 입국거절 불가를 포함하는 폭넓은 개념으로 받아들여진다. 1981년 ‘The Executive Committee of the High Commissioner’ s Programme (EXCOM)’ 은 모든 경우에 있어서 입국거절 불가를 포함하는 강제송환금지의 기본 원칙은 엄격하게 준수돼야 한다고 결론을 내렸다.⁽¹³⁹⁾ 또한 1993년 유엔 총회에 제출한 UNHCR의 보고서에 의하면 모든 난민은 그의 지위가 확정될 때까지는 난민이라는 추정 하에 다루어져야 하며, 강제송환금지의 원칙은 그와 같이 공식적으로 난민자격이 확정되었는가를 불문하고 적용되어야 한다.

이에 따라 1997년 EXCOM은 강제송환금지의 원칙을 다음과 같이 매우 폭넓은 개념으로 파악했다. 즉, 이 원칙은 공식적으로 난민 지위를 부여 받았는지 아닌지를 불문하고, 자신들의 자유와 생명이 위협받을 수 있거나, 또는 자신들이 고문의 위협에 처할 위험이 있다고 믿을 만한 실질적인 근거가 있는 영역으로의 추방 혹은 송환을, 그 방법을 불문하고 금지한다는 것이다. 따라서 탈북자들은 강제송환금지의 원칙 적용을 받아 북한으로 강제송환될 수 없다. 그러나 중국은 비록 난민협약상의 체약국이지만 탈북자들이 박해를 받을만한 근거가 없으며 경제요인으로 탈북한 자로 보고 북한과 체결한 양변의정서에 의해 탈북자들을 북한으로 강제송환하고 있다. 이상 논의를 바탕으로 중국의 탈북자 정책은 아래와 같이 요약하고 평가할 수 있다.

중국은 1982년 중국 헌법 제32조 제2항에서 “중국은 정치적인 이유로 피난을 신청한 자에게 비호를 받을 권리를 부여할 수 있다” 라고 규정하

(139) 이봉구, 북한이탈주민의 국제적 보호, <통일과 법률>, p.84.

고 있다. 1985년 중국 외국인 출입국관리법 제15조에서 “정치적인 이유로 피난을 신청한 자는 중국 정부 담당 기관의 인정을 걸쳐 중국 경내 거주할 수 있다”는 규정도 있다. 또 2012년 출입국관리법 제46조는 “비호 신청자는 난민 신분을 선별하는 동안에 공안기관이 발급한 임시 신분증으로 중국 경내 체류할 수 있다. 난민 지위를 받은 자는 중국 경내 거주할 수 있다”고 규정한다.

그러나 이 같은 일부 규정만으로 복잡한 난민 문제를 잘 해결할 수가 없다. 중국이 개별적인 일부 사례를 제외하고는, 대부분의 탈북자를 일괄적으로 경제적 이주민으로 판단해 왔다. 그들을 오로지 북한 국민으로 간주하고 탈북자 문제를 중국과 북한간의 양자 문제로서 중조양변의정서에 따라 처리하며, 탈북자들을 북한으로 강제송환하는 행위는 적어도 고문방지협약상의 강제송환금지 원칙 위반일 것이다. 또한, 1951년 난민협약상의 난민 선별 의무도 성실히 이행하지 않았으며, 난민협약과 난민의 정서에 준수의무⁽¹⁴⁰⁾를 위반할 가능성도 크다.

또 다른 관련 국가들의 탈북자 정책들과 비교하면 현재 중국은 난민특별법이 부재한 법적 공백 상태로 평가된다. 난민을 선별하여 해당 난민에게 비호를 제공하는 특별 절차도 도입되어 있지 않은 실정이다. 게다가 중국은 “국내법, 국제법, 인도주의를 근거하여 탈북자 문제를 처리해 왔다”는 주장과 어긋나게 인권을 보호하는 것보다 항상 자국의 국익을 주장하여 자국의 주권만을 강조해 왔다. 북경에서 UNHCR 고등판무관 사무실이 있지만, 중국 정부의 난민 문제에 대한 UNHCR과의 실질적인 협력은 미미하다. 따라서 재중 탈북자 문제를 해결함에 있어 이어서 제5장 제2절은 탈북자의 강제송환과 관련된 중국의 국제 인권 조약 이행 의

(140) VCLT 제26조 (약속은 준수하여야 한다.) 유효한 모든 조약은 그 당사국을 구속하며 또한 당사국에 의하여 성실하게 이행되어야 한다.

무를 중심으로 중국 측 해결 방안을 검토할 것이다.

3. 기타 협약상 강제송환금지 원칙

1951년 난민협약 제33조와 1984년 고문방지협약 제3조 이외에 강제송환금지원칙은 다른 조약에서도 찾을 수 있다. <1967년 영역 내 비호에 관한 선언>⁽¹⁴¹⁾과 <제네바 제4 협약>⁽¹⁴²⁾에서 규정된 강제송환금지원칙이 대표적이다.

No person referred to in article 1, paragraph 1, shall be subjected to measures such as rejection at the frontier or, if he has already entered the territory in which he seeks asylum, expulsion or compulsory return to any State where he may be subjected to persecution.⁽¹⁴³⁾

피보호자들을 여하한 경우에라도 그들의 정치적 의견 또는 종교적 신앙때문에 박해를 받을 우려가 있는 국가에 이송되어서는 안 된다.⁽¹⁴⁴⁾

강제송환금지원칙이 이미 관습 국제법의 규칙이 되는 것은 명백하다. 국제관습법의 형성에는 두 가지 요소가 만족시켜야 한다. 하나는 모든

(141) 영역내 비호에 관한 선언, Declaration on Territorial Asylum.

(142) 전시에 있어서의 민간인의 보호에 관한 1949년 8월 12일자 제네바협약, Geneva Convention Relating to the Protection of Civilian Persons in Time of War of August 12, 1949.

(143) <1967년 영역내 비호에 관한 선언> 제3조 1항.

(144) <제네바 제4협약> 제45조 4항.

국가의 일반적인 관행, 즉 오랜 세월에 걸친 국가들의 공통적인 국가 관행(state practice) ; 그리고 그러한 일반화된 국가 행동이 법으로 받아들여진 법적 확신(opinio juris)이 있어야 한다.⁽¹⁴⁵⁾

강제송환금지원칙은 전 세계적으로 광범위하게 적용된다. 특히 유엔 총회는 거의 만장일치로 유엔난민기구의 강제송환금지원칙에 대한 결의안을 채택하고 이에 동의했다. 물론 반대하는 의견도 있지만, 관습국제법이 형성되었다는 증명은 반드시 모든 국가의 묵시적, 명시적 준수 또는 국내법으로서의 수용이라는 조건을 요구하지 않는다. 실제로 강제송환금지원칙을 명시적으로 반대하는 국가가 없었고, 난민에 대한 강제송환금지의 예외도 매우 엄격하다. 난민 조건에 부합하지 않거나 국가 안보와 공공질서에 심한 위해가 된다는 근거가 있어야 가능한 것이다.

그런데도 강제송환금지 원칙은 효과적인 피난처의 제공을 비롯한 여러 가지 난민의 권리를 보장하는 데 있어 적절한 역할을 하고 있지 못하는 실정이다. 이는 해당 원칙이 오직 관련 국가가 난민을 박해를 받을 우려가 있는 곳으로 돌려보내지 않은 것을 요구할 뿐이며, 난민에 대한 장기적 비호 의무를 부과하지 않기 때문이다.⁽¹⁴⁶⁾ 난민 보호의 실제 상황에서도 비호는 강제송환금지의 그 다음 보호 단계이다. 결과적으로 국가는 다양한 수단을 통해 망명 신청자의 진입을 거부하기 위해 강제송환금지원칙을 우회한다. 특히 재중탈북자와 같은 대규모 유입 인구를 대할 때, 국가들은 본국의 이익에 따라 강제송환금지원칙의 정의와 범위를 제한적으로 해석한다. 재중탈북자의 경우도 마찬가지로, 그들의 난민지위를 인정하고 부여함에 있어 중국의 자유재량권은 지배적이다. 이를 고려할 때, 강제송환금지 원칙의 적용 범위는 더욱 명확해져야 할 것이다.

(145) 劉國福, 《國際難民法》, pp.131-132. 참조.

(146) ibid.

제 3 절 인권조약상 의무를 통한 검토

중국은 북한으로의 탈북자 송환과 국제인권 보호 체제상의 강제송환금지 원칙 의무의 모순 속에서 국제조약의 이행 의무와 북한과의 외교 관계에 대한 딜레마에 빠져있다.⁽¹⁴⁷⁾ 이를 보다 구체적으로 인권 조약상 의무와 UNHCR과의 협력 의무로 나눠 분석할 것이다.

1. 인권조약의 국내법적 이행 의무

중국이 가입하거나 채택한 난민 보호와 관련 조약은 1951년 난민협약, 난민 의정서, 고문방지협약 외에도 국제인권장전 중의 ‘경제적 및 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: ICESCR), ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR), 및 세계인권선언을 비롯하여 아래 표와 같이 십여 개 조약이 있다.

표: 중국이 가입하거나 채택한 난민의 인권 보호와 관련된 조약

(147) Jaeng Saeng Bae, Seryon Lee (2008). Human Rights Accountability for North Korean Escapees. 법학연구, 27, p.182.

조약 명	가입 상황
1948년 세계인권선언	1948년 가입
1949년 전시 민간인 보호에 관한 제네바협약(148)	1956년 가입
1979년 여성차별철폐협약(149)	1980년 비준
1966년 인종차별철폐협약(150)	1981년 비준
1948년 제노사이드방지협약(151)	1983년 가입
1984년 고문방지협약	1988년 비준
1989년 아동권리협약(152)	1992년 비준
1966년 ICESCR(A규약)	2001년 비준
1966년 ICCPR(B규약)	1998년 서명
2000년 아동권리협약 선택의정서(153)	2002년 가입

조약은 발효하면 체결국들에 구속력을 생긴다. 체결국은 신의성실의 원칙에 따라 조약 이행의무를 진다. “약속은 준수하여야 한다”는 원칙(条约必守原则)(154)에 의거, 해당 조약의 국내적 적용은 각 당사국의 의무이며 국내법을 원용하여 국제법 위반을 옹호할 수 없다.(155)

조약의 국내적 적용은 관련 각 당사국에 국제법이 제시하는 요구 사항

-
- (148) ‘전시에 있어서의 민간인 보호에 관한 1949년 8월 12일 제네바 협약(Geneva Convention Relating to the Protection of Civilian Persons in Time of War of August 12, 1949)’ .
- (149) ‘여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약 (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women)’ .
- (150) ‘모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약 (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)’ .
- (151) ‘집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약 (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)’ .
- (152) ‘아동의 권리에 관한 협약 (Convention on the Rights of the Child)’ .
- (153) ‘아동의 권리에 관한 협약에 대한 선택의정서 (Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child)’ .
- (154) VCLT 제26조 (약속은 준수하여야 한다.) 유효한 모든 조약은 그 당사국을 구속하며 또한 당사국에 의하여 성실하게 이행되어야 한다.
- (155) <1969년 조약에 관한 비엔나협약> 제27조 (국내법과 조약의 준수) 어느 당사국도 조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법규정을 원용해서는 아니된다. 이 규칙은 제46조를 침해하지 아니한다.”

이지만 국가가 국제 조약을 적용하는 방식은 주권과 국내법에 따라 각국의 재량에 달려있다. 각국은 조약을 적용 시키는 접근법을 스스로 정할 권리가 있다. 모든 국가를 구속하는 조약의 적용 방식에 관한 통일된 국제법은 없다. 국제법 학자들은 “국제법은 대개 규범의 이행에 전념하지 않고 국가의 의무 이행에 맡긴다”고 평가한다.⁽¹⁵⁶⁾

국내 법원 및 기타 국가 기관이 자국법 집행 활동에 국내법을 적용해야 하므로 자국에서 국제 조약을 시행하기 위해서는 그들의 조항이 국내법에 포함되어야 한다. 한국 헌법 제6조 1항은 “헌법에 의하여 체결·비준된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 지닌다”고 규정한다.⁽¹⁵⁷⁾ 중국 헌법에서 아직 관련 조항은 두고 있지 않다.

중국의 유명한 국제법 학자인 Li Haopei(李浩培)는 “세계에서 시행되고 있으며 해당 국가에서도 그의 조항이 시행되고 있는 조약은 각국의 국내법을 수용함으로써 전제 조건을 갖추었다”고 지적했다.⁽¹⁵⁸⁾ 대다수의 국제법 분야와 마찬가지로 국제인권법도 실체적 내용 및 이행확보 측면에서 취약점이 존재하고 심지어 더 심한 경우가 많다.⁽¹⁵⁹⁾ 그러나 이러한 국제 인권 조약의 국내적 적용은 중국이 직면해야 하는 피할 수 없는 문제이다.

인권 분야 이외 중국이 가입한 조약은, 직접적 또는 간접적인 방법으로 어느 정도 중국에서 이미 실행되고 있다. 예를 들어, ‘국제 물품 매매 계약에 관한 유엔 협약 (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: CISG)’는 중국에서 직접 적용이 가능하며,

(156) [奥] 阿·菲德罗斯, 《国际法》(上), 商务印书馆, 1981, pp. 228-229.

(157) 정인섭(2015), 조약의 국내법적 효력에 관한 한국 판례와 학설의 검토, 서울국제법연구 22(1), p. 27.

(158) 李浩培: 《条约法概论》, 法律出版社, 1987, p. 380.

(159) 조정현(2009), 국제인권법상 탈북자의 보호가능성 및 그 실행, 국제법학회논총, 54(1), p.185

‘해양법에 관한 유엔 협약 (United Nations Convention on the Law of the Sea)’ 과 ‘외교 관계에 관한 비엔나 협약 (Vienna Convention on Diplomatic Relations)’ , ‘영사 관계에 관한 비엔나 협약 (Vienna Convention on Consular Relations)’ 은 각각 <영해와 접속수역법> (領海及毗連區法) , <배타적 경제수역과 대륙붕 법> (專屬經濟區和大陸架法) , <외교 특권과 면제 조례> (外交特權與豁免條例) , <영사 특권과 면제 조례> (領事特權與豁免條例) 등 중국 국내법으로 전환하여 시행되고 있다.⁽¹⁶⁰⁾ 그러나 현재까지 중국의 어떤 법률도 국제 인권 조약의 적용을 규정하지 않았으며 이는 인권문제에 대한 중국의 예민한 입장을 반영한다.⁽¹⁶¹⁾

국제인권법은 난민지위와 상관없이 모든 개인에게 적용되므로, 중국에서의 인권 조약 이행은 국제난민법의 이행보다 재중탈북자 문제에 큰 효과를 가져올 수 있다. 탈북자에 대한 중국은 어떠한 공식 국내인정절차도 없는 상태에서 해당인의 난민 지위 가능성을 전면 부정하고 이들을 모두 불법 월경자 혹은 경제적 이주민으로 취급하고 있다. 이 같은 상황에서 난민지위나 관련 처우 등 난민법적 주장이 실제 효과를 발휘하지 못할 가능성이 클 것이다. 따라서 난민협약 경로 이외에 국제인권조약의 당사국으로서 중국은 적어도 해당 개인에게 국제인권법상의 권리를 보장해야 할 의무가 있다.

즉, 중국이 재중 탈북자들을 북한으로 모두 강제송환 하더라도 국제난민법상 취할 수 있는 효율적인 이행확보장치는 존재하지 않는다. 반면에 국제인권법에는 비록 완벽하진 않다고 하더라도 다양한 이행 감독장치가 존재하는데, 특히 중국도 당사국인 주요 다자인권조약은 고문방지위원회

(160) 劉楠來, 淺談國際人權條約在國內的適用問題, 《學習時報》, 2003.01.06. 참조

(161) 班文戰, 國際人權法在中國人權法制建設中的地位和作用, 《政法論壇》, 23 (3) 참조

와 같은 조약별 위원회를 설치하고 이행 감독 기능을 동 위원회에 위임하고 있다. 따라서 이를 적절히 활용한다면 난민법을 통한 탈북자의 보호에서 나타난 이행 감독상 한계를 어느 정도 극복할 수 있을 것으로 기대한다.⁽¹⁶²⁾ 국제사회의 다른 국가들과 마찬가지로 중국 역시 직접적 또는 간접적 방식을 불문하여, 이미 체결한 국제협약을 조속히 본국에 적용하여, 그 조약 이행의 의무를 다하도록 촉구해야 할 것이다.

물론 국가가 자국의 이익과 정치적인 고려만 생각하고 국제조약상의 의무를 성실하게 이행하지 못하는 경우가 종종 있다. 이를 대비하기 위해 국제 조약의 여러 가지 이행 감독장치가 있는데 주로 이행감독기구, 국가 정기보고제도, 국가 간 통보제도, 개인 통보제도, 비공개조사제도가 있다. 그러나 중국이 몇 가지 기술적인 방법으로 대다수의 조약상 이행 감독장치를 효과적으로 차단하고 있기 때문에 실제로 개인통보제도와 같은 국제인권법상 여러 이행 감독장치의 대부분은 중국을 대상으로 이용될 수 없는 실정이다.⁽¹⁶³⁾

2. 인권조약에 따라 UNHCR과의 협력 의무

1951년 난민협약 제35조⁽¹⁶⁴⁾는 동 협약 당사국이 UNHCR과 협력해야

(162) 조정현(2009), 국제인권법상 탈북자의 보호가능성 및 그 실행, 국제법학회논총, 54(1), p.186. 참조.

(163) *ibid*, p.190. 참조.

(164) Article 35 co-operation of the national authorities with the united nations. 1. The Contracting States undertake to co-operate with the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, or any other agency of the United Nations which may succeed it, in the exercise of its functions, and shall in particular facilitate its duty of supervising the application of the pro-visions of this Convention. 2. In order to enable the Office of the High Commissioner or any other agency of the United Nations which may succeed it, to make reports to the competent organs of the United Nations, the Contracting States undertake to

하는 일반적 의무를 규정했다. 제35조 제1항에 따라서 체약국인 중국은 UNHCR 사무국 임무의 수행에 있어서 이와 협력할 것을 약속하고, 특히 본 협약의 규정을 적용하는 것을 감독하는 책무의 수행에 있어서 UNHCR에 편의를 제공해야 한다. 이러한 편의는 난민과 유사한 사람이거나 UNHCR의 우려 대상자(concern group)와의 접촉 및 면담을 보장하는 것을 포함한다. 따라서, 중국 정부 당국은 재중탈북자와 UNHCR 간의 연결을 존중하고 보장해야 한다.

또 제35조 2항에 의하면 체약국인 중국은 UNHCR 사무국이 유엔의 담당기관에 보고하는 것을 쉽게 하기 위하여 요청에 따라 다음 사항에 관한 정보를 적당한 양식으로 제공할 것을 약속한다. (a), 난민의 상태 (b), 해당 협약의 실시상황 (c), 난민에 관한 현행법령 및 장차 시행될 법령. 따라서 중국 정부는 탈북자의 난민 지위 인정 여부, 그들의 생존 상태, 난민협약의 자국 내 실시상황을 보고해야 하며, 난민에 관한 현행법령 및 장차 시행될 법령을 보고해야 한다. 중국은 난민협약의 공식적인 국내 실행 절차가 없으므로 이러한 협력 의무를 제대로 이행하지 않은 것으로 평가된다.

재중 탈북자는 불법 입국자라고 하더라도 그의 비호 신청자 형편을 고려하여 상당한 기간 내 특별 보호를 제공해야 한다. 이러한 특별 보호 조치는 “국경에서 거절금지(admission and non-rejection at the frontier)”를 비롯하여 “필요한 모든 편의” 까지 포함한다.⁽¹⁶⁵⁾

“필요한 모든 편의” 는 불법 입경자를 접수 및 안치할 계획이 없고, 재

provide them in the appropriate form with information and statistical data requested concerning: (a) The condition of refugees; (b) The implementation of this Convention, and; (c) Laws, regulations and decrees which are, or may hereafter be, in force relating to refugees.

(165) 梁淑英, “非法入境难民的处理原则”, 法学杂志, 2008.06. 참조.

정착 시킬 생각도 없는 상황에 제3국이 그들을 접수할 수 있는 합리적인 시간과 필요한 편의를 제공한다는 의미이다.⁽¹⁶⁶⁾ 합리적인 시간과 필요한 편의에 관해서는 난민협약이 자세히 규정된 바가 없지만 각국은 적용 시 난민에 대해 가장 유리한 해석을 취해왔다. 합리적인 시간은 보통 “타국에의 입국허가를 획득할 때까지”를 의미한다. 필요한 편의는 UNHCR, 봉사기구 또는 제3국 대표자를 만날 기회를 제공하여 필요한 비용과 운송 등을 돕는 것을 의미한다.⁽¹⁶⁷⁾ 중국 정부는 재중탈북자를 보호하는 데 이러한 편의를 제공하는 의무를 성실히 이행해야 한다.

2017년 12월15일에 중국 국무원이 <중국 인권 법제화 보장에 관한 새로운 발전 백서>(中国人权法治化保障的新进展白皮书)를 공표했는데 이 백서에서는 최근까지 중국의 인권 관련 국내법과 정부 조례 등 새로운 발전을 전면적으로 소개했다. 그 중에서 주로 중국 형법, 행정법, 민사소송법 등 국내법을 수정해서 중국 국민의 권리와 인권을 보장하는 것이 위중였다.⁽¹⁶⁸⁾ 국제인권법, 특히 인권조약의 이행 등 문제를 많이 언급하지 않았다. 이러한 국민의 인권을 중시하는 국가의 법적 활동이 활발해지면서 앞으로 외국인의 인권 법제화 보장도 더욱 든든해지고 탈북자를 비롯한 난민관련 문제, 인권조약 및 난민협약에 대한 이행 확보, UNHCR와의 협력 등도 적극적인 방향으로 발전해 나갈 것이 기대된다.

(166) <난민협약 제31조2항> 체약국은 상기한 난민의 이동에 대하여 필요한 제한이외의 제한을 과하지 아니하며 또한 그러한 제한은 그 난민의 체약국에 있어서의 체제가 합법적인 것이 될 때까지 또는 그 난민이 타국에의 입국허가를 획득할 때까지만 적용된다. 체약국은 그러한 난민에게 타국에의 입국허가를 획득하기 위하여 타당하다고 인정되는 기간과 이를 위하여 필요한 모든 편의를 부여한다.

(167) 梁淑英, 非法入境難民的處理原則, 法學雜誌, 2008.06.참조.

(168) 중국사회과학연구원 인권연구센터(中國社會科學院人權研究中心)가 주최한 중국 인권 상황에 관한 공식 사이트: http://www.humanrights.cn/html/special/20171215/?pc_hash=rq4xEh

3. 인권조약 불이행에 대한 국가책임 추궁

국가의 모든 국제위법행위는 그 국가의 국제책임을 발생시킨다.⁽¹⁶⁹⁾ 전통 국제법상의 국가책임은 한 국가가 그의 위법 행위에 대한 다른 국가에게 책임지는 것을 지칭하며, 오직 국가들 사이에 발생하는 것이다. 개인은 오직 이해관련자로 간주한다. 따라서 인권조약의 의무 이행하는 데 발생하는 국가 책임의 대상은 사실 두 가지로 나눌 수 있다. 형식적인 대상은 타국이며, 실제적인 대상은 그의 영역 내에 있는 모든 개인일 수 있다. 즉, 국제 인권 조약의 조항에 따라 자국 영역 내에 있는 모든 개인의 인권을 보호해야 할 의무가 있는 것이다.⁽¹⁷⁰⁾ 이러한 논리를 기초로 재중탈북자의 인권 보호에 있어 중국과 북한의 국가 책임을 검토할 수 있다. 재중탈북자 문제에 있어 중국은 다른 나라에게 손해를 끼치지 않았다고 해서 중국이 국제인권법을 위반하지 않았다고 주장할 수 없는 것이다. 오히려, 한 국가가 해당 영역 내에 있는 개인의 인권을 적절히 보호하지 못할 경우 국가책임이 발생할 수 있는 것이다.

개인 인권에 대한 침해의 원인은 공적인 국가의 행위와 사적인 개인이나 사회 조직의 행위로 나눌 수 있다. 국가책임의 원리에 따르면 개인 인권에 대한 침해 원인이 국가의 국제위법행위인 경우 국가책임을 추궁할 수 있다. 국가의 국제위법행위의 요건으로는 작위나 부작위로 구성될 수 있는데 다음과 같은 경우 국제적으로 부당한 국가의 행위가 있다. (a) 국제법에 따라 국가에 귀속된다. (b) 국가의 국제적 의무 위반에 해당한다.⁽¹⁷¹⁾ 재중탈북자의 경우, 중국 정부 당국의 일관된 강제송환정책이 위

(169) ‘국제위법행위에 대한 국가책임’에 관한 규정 초안. (Draft Articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts), 제1조.

(170) 王祯军, 论国际人权法中的国家责任问题, 法学杂志, 2007年第5期. 참조.

(171) ‘국제위법행위에 대한 국가책임’에 관한 규정 초안. (Draft Articles on

두 가지 요건을 만족하며, 국제위법행위로 구성되어 국가책임을 발생한다.

국제인권법상 국가책임의 형식은 원상회복, 금전배상 등 여러 가지가 있다. 국제여론의 비난을 받는 것도 일종의 국가책임이다. 유책국이 국제여론의 비난을 받게 하는 것은 국제인권보호체제를 실행하는 데 가장 보편적인 결과라고 할 수 있다. 예를 들어, ICCPR(B규약)의 감독 기구인 인권이사회는 ICCPR 선택의정서에 따라 신고를 받으면 그가 할 수 있는 일은 오직 선택의정서 제5조 제4항⁽¹⁷²⁾를 따라 이 신고를 심사한 후 해당 채약국이나 개인한테 견해를 송부하는 뿐이다. 그리고 자유권규약 위원회 견해의 법적 지위 및 효력의 문제는 조약 해석의 원칙, 국제법과 국내법의 관계, 국제인권법의 독특한 규범 구조, 개인의 국제법 주체성 등의 국제법상의 난제(難題)들이 중첩적으로 착종되어 있는 대단히 어려운 문제이다.⁽¹⁷³⁾ 인권위원회도 해마다 유엔 총회에게 제출한 보고서에서 관련 견해를 많이 언급하지만 채약국을 강제함으로써 위원회의 의견을 집행하기란 현실상 불가능하다.

그래도 대부분의 국가들이 국제사회 여론을 중시한다는 점에서 이러한 여론 비판을 일종의 징계로 해석할 수 있다.⁽¹⁷⁴⁾ 비록 인권이사회 등 감시 기구의 견해가 있어왔지만, 국내적 강제 이행 의무로 이어지지 못하

Responsibility of States for internationally wrongful acts), Article 2: Elements of an internationally wrongful act of a State, There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) is attributable to the State under international law; and (b) constitutes a breach of an international obligation of the State.

(172) ICCPR(B규약) 선택의정서: 이사회는 관련당사국과 개인에게 이사회의 견해를 송부한다.

(173) 이근관, 자유권규약 위원회 견해의 규범적 효력에 관한 고찰, 서울국제법연구 13(1), p. 24.

(174) 王桢军, 论国际人权法中的国家责任问题, 法学杂志, 2007年第5期.참조.

였으며, 국내적 절차 또한 미비했다. 즉, 비난 이외의 방법으로 국가 책임을 부과하기란 현실적으로 어려운 것이다. 재중탈북자 문제에 관한 중국 정부 입장을 비난 할 수는 있지만 실질적 국가책임의 추궁 역시 어려운 것이다. 이어서 재중탈북자 문제에 대한 중국과 UNHCR간의 협력 의무를 분석하고 중국 정부의 입장을 국제법적으로 검토한다.

제 5 장 중국 국내법 및 조약 이행 개선 방안 검토

중국 정부의 입장, 재중탈북자의 국제법상 지위, 그리고 중국 정부의 탈북자 입장에 대한 법적 평가를 한 다음에 이러한 분석을 바탕으로 중국 측의 법적 개선 방안을 검토한다.

국내법적 차원에서 현행 중국 국내법 조문을 재중탈북자에 적용 가능성을 토론했어서 그들의 합법적 권리를 보장하는 방법이 있고, 또 하나는 중국 측의 난민 입법 제안을 제기하는 것이다. 난민 입법보다 쉽게 발급할 수 있는 정부 조례의 형식으로 일단 시급한 난민 선별 절차와 사실 인정에 대한 규정을 조속히 만들어 내는 것을 촉구하다. 또 탈북자 문제의 영구적인 해결을 위해 중국 정부가 현실적으로 할 수 있는 “재중탈북자의 재정착” 방법을 검토한다.

국제법적 차원에서는 주로 중국이 체결한 인권조약의 국내적 이행 방법에 대한 연구가 있고, 중국과 UNHCR간의 여러 가지 협력 방법도 검토한다.

제1절 중국 국내법에 대한 개선 방안 검토

1. 현행 국내법 조문의 적용

난민에 대한 이해가 다르므로 재중탈북자 문제를 해결할 때 큰 오해를 초래한다. 중국 정부와 중국 국내법에서 나오는 정치 난민, 국제난민법에서 규정되어 있는 협약난민, 또는 기타 보충적인 보호 필요한 자가 있다. 난민 용어를 사용할 때 이러한 차이를 구별하여 정치하게 사용해야

한다.

제2장에서 분석한 바와 같이 기존 중국의 국내법 조항을 이용하여 중국 관련 기관이 이러한 조항을 탈북자들에게 어떻게 적용할 수 있는지를 분석하면, 많은 입법 자원을 절약하고 보다 빠른 시기 내에 재중탈북자 문제를 규율할 수 있을 것이다. 예를 들어, 입법 해석의 주체는 중화인민공화국 인민대표대회 상무위원회이고, 상무위원회 산하 법률전문위원회도 구체적인 법실행에 대해 입법해석을 할 수 있다.

가). 출경입경관리법의 적용

2012년 출경입경관리법 제46조는 “난민의 지위인정을 신청한 외국인은 난민의 지위를 확인하는 기간에 공안 기관이 발급한 임시 신분증명서를 소지하고 중국 경내에서 체류할 수 있으며, 난민으로 인정받은 외국인은 공안기관에서 발급한 난민 신분증명서를 소지하고 중국경내에서 체류, 거주할 수 있다”고 규정한다. 이 조항이 실제적인 난민의 권리를 보호하려는 조항이기보다 필자는 이 조항이 오직 난민 지위 인정 및 외국인의 체류에 대한 절차상의 규정이라고 보면 더 적절하다고 생각한다.

왜냐하면 재중탈북자가 중국주재 UNHCR한테 난민의 지위인정을 신청한 후 현지 중국 공안기관에 가서 등록을 해야 한다. 중국 국내법에 따라 등록하고 임시 신분증명서를 받을 수 있을 것이어야 한다. 그러나 재중탈북자의 법적 지위에 대한 현실적인 어려움을 단기간 동안 해결할 가능성이 적다고 고려하여 이 절차적인 조항만 의거하면 재중탈북자 문제를 해결하는 데 실제적인 의미가 작다.

또 동법 제23조는 임시 입국이 필요한 경우 외국인이 출입국 변방검사 기관에 신청하여 임시 입국수속을 밟아야 하는 경우 중 하나로 “불가항

력이나 기타 긴급한 사정으로 인해 임시 입국이 필요한 경우”는 주로 중국을 목적지나 경유지로 작성하지 않았으나 자연재해, 돌발사건, 질병 등 불가항력으로 인해 가까운 중국 영역에 긴급 입경하여 재난을 피하거나 인도주의 지원을 요청하는 외국인에게 적용한다.⁽¹⁷⁵⁾ 반면, 탈북자의 경우 다른 국가를 목적지로 의도했는지는 불분명하지만, 중국을 경유했음은 확인되므로, “불가항력이나 기타 긴급한 사정으로 인해 임시 입국이 필요한 경우”에 해당하지 않는 것으로 처리된다. 따라서 동법 다른 조항을 해석하고 해결 방안을 모색하는 것이 바람직하다.

본 논문 제2장 2절에서 소개한 바가 있는 동법 제20조 제1항과 제31조 제2항은 국가 규정에 부합되는 특수인재, 투자자 또는 인도적 등의 사유로 인해 체류를 거류로 변경해야 하는 외국인은 구(區)를 설치한 시(市)급 이상 지방 인민정부 공안기관 출입국관리기구(즉, 현지 공안국 출입국관리사무소)의 인정을 거쳐 외국인 거류증명서를 받을 수 있다고 규정한다.⁽¹⁷⁶⁾ 이 조항에서 언급된 “인도적 등의 사유로 인해 체류를 거류로 변경”하는 경우는 재중탈북자에서 적용시킬 가능성이 크다. 외나하면 중국 정부가 늘 주장해온 자국의 처리 방침인 “국제법, 국내법, 인도주의” 세 가지가 있는데 이 조항은 인도주의에 해당하는 것이다. 따라서 이 조항을 적극적으로 활용하고 실무중에서 재중탈북자 문제 해결의 突破口가 될 수 있는 것이다. 인도주의라는 근거로 재중탈북자의 권리를 보장하는 동시에 중국은 외교 마찰을 피하고 북한 및 한국 간의 외교관계도 완화할 수 있다.

또, 인도주의 비자는 난민 비자보다 범위가 훨씬 넓다. “중국의 경제사

(175) 刘国福, 《中国难民法》, 世界知识出版社, 2015, pp.4~5. 참조

(176) 第31条第2款规定: “符合国家规定的专门人才, 投资者或者出于人道等原因确需由停留变更为居留的, 经设区的市级以上地方人民政府公安机关出入境管理机构批准可以办理外国人居留证件。”

회발전에 뚜렷한 공헌을 하거나 기타 중국 경내 영주거류 조건에 부합되는 외국인은 본인이 신청하고 공안부의 인정을 받아 영주거류 자격을 취득할 수 있다” 고 규정한 동법 제47조 제1항⁽¹⁷⁷⁾에서 규정한 중국 영주거류 신청의 조건을 해석할 때 인도주의 범주에 있는 비호신청을 포함할 수 있다. 마찬가지로 동법 제23조는 임시 입국이 필요한 경우 외국인이 출입국 변방검사기관에 신청하여 임시 입국수속을 밟아야 하는 경우 중 하나로 “불가항력이나 기타 긴급한 사정으로 인해 임시 입국이 필요한 경우” 를 규정한다.⁽¹⁷⁸⁾ 국제난민법 이론과 관습에 따르면 “비호 신청 외국인” 은 “기타 중국 경내 영주거류 조건에 부합되는 외국인” 으로 해석할 수 있다.

이상으로 인도주의 관련 중국 국내법 조항을 해석하는 것은 재중탈북자 문제를 해결하는 데 돌파구(突破口) 역할을 맡을 수 있는 것이다. “인도적 사유로 긴급 입국” 및 “인도적 사유로 인해 체류를 거류로 변경해야 하는 외국인” 에 해당하게끔 해석하는 것은 바람직하다.

나). 긴급상황대응법의 적용

중국이 협약난민만을 인정하고 미얀마 월경자 문제를 처리했을 당시 주로 2007년 긴급상황대응법을 의거하여 월경자들에 인도주의적 지원만을 제공하고 수용했다. 이는 긴급상황대응법을 근거로 구체적인 ‘지방정부 실행 방안’ 을 제정하고 집행하는 방식이었다. 세부 처리 조치 및 절차는 광둥성 문산주 정부 문건을 통해 확인된다. 광둥성이 미얀마 월

(177) 第47条第1款规定：“对中国经济社会发展做出突出贡献或者符合其他在中国境内永久居留条件的外国人，经本人申请和公安部批准，取得永久居留资格。”

(178) 第23条第1款第3项规定：“外国人因不可抗力或者其他紧急原因需要临时入境的，应当向出入境边防检查机关申请办理临时入境手续。”

경자를 처리한 경험을 참고하여 길림성도 탈북자 문제를 해결하기 위해 이러한 지방 정부 실행 방안을 만들어 볼 수 있을 것이다.

표： 광둥성 문산주 대규모 유입한 인원 에 대한 긴급 분류 및 해당 대응 방안.(179)

등급	표준	대응
I급 섭외돌발사건	境外300人以上 難民 涌入我境的 국(변)경외 300인 이상의 난민(180)이 경내로 유입 시	성(省)정부 리더 그룹은 예안을 시동하고 처분에 참여할 관련 부서를 동원한다. 사건 발생지 지방 정부 관련된 부서는 협조한다. 국가 안보와 중대한 국가 이익과 관련된 정치적 섭외 사건이면, 이의 처리 작업은 국무원 및 외무부의 지시하에 수행된다.(181)
II급 섭외돌발사건	境外100人以上300人以下 難民 涌入我境的 국(변)경외 100인 이상 300인 이하의 난민이 경내로 유입 시	성(省)정부 리더 그룹은 예안을 시동하고 처분에 참여할 관련 부서를 동원한다. 사건 발생지 지방 정부 관련된 부서는 협조한다.(182)
III급 섭외돌발사건	境外50人以上100人以下 難民 涌入我境的 국(변)경외 50인 이상 100인 이하의 난민이 경내로 유입 시	주(州, 시 市)정부 섭외돌발사건 리더 그룹은 예안을 시동하고 처분에 참여할 관련 부서를 동원한다. 사건 발생지 지방 정부 관련된 부서는 협조한다.(183)
IV급 섭외돌발사건	境外20人以上50人以下 難民 涌入我境的 국(변)경외 20인 이상 50인 이하의 난민이 경내로 유입 시	현(縣, 市市, 區区)정부 섭외돌발사건 리더 그룹은 예안을 시동하고 처분에 참여할 관련 부서를 동원한다.(184)

(179) 劉國福, 《中國難民法》, p.213.
 (180) 여기의 “난민”은 “법학 의미상의 난민”으로 해석하면 아니되고 앞에 설명한 “일반

해당 각급 정부 기관의 지도하에 국경침입자 사건에 대한 주요 조치는 사건의 성격과 위험 정도 확인, 부상자 구출, 대중의 대피, 현장 경계, 교통 통제, 사건의 사회적 안정 보장, 홍보 보고서의 통일 배정이 위주였다.⁽¹⁸⁵⁾ 처리 절차는 현장 비상 지휘 본부 설립, 부대의 동원, 변경 항구내에 벌어진 섭외 비상 사태에 대해 국경 공안 부서가 주도하 처리하는 방식, 업무 분담 및 배치 등이 있었다.⁽¹⁸⁶⁾ 마무리 작업은 주로 통제 완화 및 해지, 국경 철수, 현장 질서 회복, 국제 조약에 따른 중국의 의무 이행 등을 포함한다.⁽¹⁸⁷⁾

탈북자의 수에 관한 중국 정부의 공식 통계 자료는 없지만 그 수가 300명보다 훨씬 많다는 것은 널리 동의되는 바이다. 위 광둥성의 지방 정부 규칙을 참고하여 I급 섭외돌발사건의 긴급 수단으로 해당 성(省)정부, 즉 길림성 정부의 리더 그룹은 예비 대안을 적용 시키고 처분에 참여할 관련 부서를 동원해야 한다. 사건 발생지 지방 정부 관련된 부서, 즉 길림성 공안청(公安厅), 민정청(民政厅)은 협조해야 한다. 마약 탈북자

사람들이 생각하는 난민”의 의미로 이해한다.

(181) 劉國福, 《中國難民法》, p.213. 중국어 원문: 由省領導小組確定啓動預案并調集有關部門力量參加處置。事發地各級政府及相關職能部門同時響應。如涉及國家安全和重大利益的政治性涉外案件, 則在國務院和外交部指揮下開展處置工作。

(182) Ibid, 중국어 원문: 由省領導小組確定啓動預案并調集有關部門力量參加處置。事發地各級政府及相關職能部門同時響應。

(183) Ibid, 중국어 원문: 由州(市)處置**涉外**突發事件領導小組確定啓動預案并調集有關部門力量參加處置。事發地各級政府及相關職能部門同時響應。

(184) Ibid, 중국어 원문: 由各縣(市, 區)處置突發**公共**事件領導小組確定啓動預案并調集有關部門力量參加處置。

(185) Ibid. 處理措施主要有: 即使判明事件性質和危害程度; 搶救傷員; 疏散群眾; 警戒現場; 管制交通; 全力維護事發地社會穩定; 統一安排宣傳報道。

(186) Ibid. 處理程序: 成立現場緊急處置指揮部; 調集處置力量, 邊境口岸區域內發生的涉外突發事件以公安邊防部門為主處置; 進行任務分工及布置工作。

(187) Ibid. 後期工作主要有: 解除管制, 扯出境戒, 恢復現場秩序, 履行中國所承擔的國際條約義務等。

사건은 국가 안보와 중대한 국가 이익과 관련된 정치적 섭외 사건으로 판단되면, 이의 처리 작업은 국무원 및 외무부의 지시하에 수행된다. 탈북자에 대한 특별법 입법 절차가 복잡하고 어려우면, 중국 <긴급상황대응법>을 근거해서 일단 그의 하위 법규인 지방 정부 조례를 만들어서 재중탈북자에게 적용시키길 촉구한다.

2. 난민특별법 입법 제안

가. 난민인정절차 도입

1951년 난민협약과 난민의정서의 체약국들이 난민 보호 조항을 이행하기 위해서는 난민 지위를 획득한 보호 대상자를 확인하는 것이 선행되어야 한다. 이러한 확인, 즉 난민지위의 인정은, 난민협약에서 언급되어 있지만 (제9조), 그 절차가 구체적으로 규정되지는 않았다. 특히, 협약은 난민 지위의 인정을 위하여 어떠한 절차를 채택해야 하는지 규정하고 있지 않다. 따라서 각국 특유의 헌법적, 행정적인 구조를 고려하여 가장 적절하다고 생각되는 절차를 선정하는 것은 각 체약국의 재량에 달려있다.⁽¹⁸⁸⁾

이렇듯 개별 국가마다 각자 다른 난민 지위 인정 절차를 가지며, 앞으로도 1951년 난민협약 및 난민의정서의 체약국들이 공통으로 동일한 절차를 설립하기 어려울 것이다. 이를 고려하여 UNHCR 집행위원회는 1977년 10월 제28차 회기에서 난민 지위 인정 절차의 일정한 기본 요건을 권고사항으로 채택하였다. 이들 기본요건의 목적은 상기 언급한 난민

(188) <난민의 지위에 관한 1951년 협약 및 1967년 의정서에 의한 난민지위의 인정기준 및 절차 편람과 지침>, UNHCR, (영문 개정판, 제네바, 2011년12월) 한글판, 서울, 2014년 9월. p.37, para.189.

지위 신청인의 개별적 상황을 반영하고 신청인이 일정한 필수적인 보장을 누리도록 하는 것이다.⁽¹⁸⁹⁾

UNHCR 집행위원회는 또한 난민 지위 인정 절차와 관련하여, 1951년 난민협약과 난민의정서의 체약국 중 아직 적절한 절차를 마련하지 않는 국가들에게 가까운 장래에 그러한 절차를 마련하기 위한 적절한 조치를 취할 것과 그러한 절차에 UNHCR가 적절한 형태로 참여할 수 있도록 호의적으로 고려할 것을 희망하였다.⁽¹⁹⁰⁾

입법적 차원에서 보면 중국은 아직 난민 인정 절차를 특별히 마련하고 있지 않으므로, 탈북자의 난민 지위 문제의 원만한 해결을 위해 보다 전문적 절차의 도입이 요청된다. 중국은 입법 절차가 복잡하고 국내 여러 가지 압력으로 인해 법안이 쉽게 통과할 수 없는 환경이다. 그러나 행정조례(法規或政府規章的形式)라도 활용해 국제적 수준에 부합하는 난민 인정 절차를 설립하는 것은 중국의 국제적 위상과 난민 보호의 모든 측면에서 긍정적인 발전임이 분명하다.

‘난민의 지위에 관한 1951년 협약 및 1967년 의정서에 의한 난민지위의 인정기준 및 절차 편람과 지침’에 있는 국제적인 난민 지위 인정 절차의 일정한 기본 요건을 참고하여 아래와 같이 중국의 실제 상황과 맞은 구체적인 절차 도입을 고려할 수 있다.

1) 중국과 북한 국경 지역 또는 중국 영역에서 탈북자가 접하게 되는 국경 경찰이나 공안은 탈북자를 발견하면 어떻게 처리해야 하는 명확한 지시를 받아야 한다. 그 국경 경찰이나 공안은 강제송환금지 원칙에 따라 행동하여야 하고, 해당 사안을 소속 상급기관인 공안국(公安局)에 회부하여야 한다.

(189) Ibid, para.192.

(190) Ibid, para.193.

2) 난민지위를 신청하는 탈북자가 따라야 할 절차에 관하여 필요한 안내를 받아야 한다.

3) 탈북자의 난민 지위 인정 신청을 일차적으로 심사하고 결정하는 책임을 가지는 명확한 지정기관이(예를 들어, 중국 성급이나 현급 공안국 외국인출입국관리사무소) 있어야 한다.

4) 탈북자는, 중국 당국에 자신의 사안을 제출하기 위하여, 능숙한 통역인의 조력을 받을 것을 포함한 필요한 편의를 부여받아야 한다. 예를 들어, 주로 중국 연변 지역에 살고 있는 조선족 주민이 북한말과 중국어를 통역을 할 수 있어서 그들을 선발하고 고용하여 탈북자 난민 지위 인정에 큰 도움이 될 것이다.

5) 탈북자가 난민으로 인정되는 경우, 인정사실이 그에게 통고되고, 난민지위를 증명하는 문서를 발급받을 수 있어야 한다.

6) 탈북자는 난민으로 인정되지 않는 경우, 중국에서 그들에게 정식 재심사, 예를 들어, 행정심의(行政復議), 행정소송(行政訴訟) 등의 절차를 신청할 수 있는 합리적인 시간이 제공되어야 한다.

7) 탈북자는, 그의 신청이 명백히 남용적인 것임이 중국에 의해 규명되지 않는 한, 위 3)에서 언급된 공안기관에 의하여 그의 최초 신청에 대한 결정이 이루어지는 동안 중국에서의 체류가 허용되어야 한다. 또한 상급행정기관이나 법원에 이의신청을 하고 있는 동안 중국에서의 체류가 허가되어야 한다.

이상으로 중국은 이유를 불문하고 탈북자 강제 복송 정책을 중단하고, 적절한 입법이나 행정 조례를 마련하여 이들이 공식 절차에 따라 난민지위를 신청할 수 있는 권리를 보장해야 한다.

나. 사실 확정 문제

탈북자의 법적 난민 지위를 확인하기 위해서는 탈북자의 개별 상황을 평가해야 하며 이러한 개별 사실을 1951년 난민지위협약의 조건에 따라 검토해야 한다.⁽¹⁹¹⁾ 탈북 동기는 개인마다 다를 수 있지만, 북한의 인권 상황에서 궁극적으로 볼 수 있는 탈출 동기 및 탈출 사실의 정확한 평가와 함께 난민 문제를 제기하려는 시도가 진행되어야 한다.⁽¹⁹²⁾ 즉, 북한 인권 배경을 고려해서 재중탈북자에 대한 개인이나 단체별로 사실 확정 절차가 필요한 것이다.

난민 지위 인정을 신청하는 탈북자들은 통상 더욱 취약한 상황에 놓여 있다는 사실을 상기해야 한다. 그들은 생소한 환경에 처해 있으면서, 모국어가 아닌 중국어로 중국 현지 기관에 자신의 사안을 설명해야 하므로 기술적, 심리적으로 심각한 어려움을 겪을 수 있다. 따라서 난민 지위 인정 신청의 심사는 필요한 지식과 경험을 가지고 개별 신청인의 어려움과 필요를 이해할 수 있는 자격 있는 사람에 의하여, 정해진 절차를 통하여 이루어져야 한다.

개별사안과 관련된 사실들은 우선 난민지위를 신청하는 탈북자 자신이 제출하여야 한다. 제공받은 증거의 진정성과 탈북자 신청인 진술의 신빙성을 평가하는 주체는 난민 지위 인정의 책임을 맡고 있는 심사관(공안이나 법관 등)이다.⁽¹⁹³⁾

(191) Jaeng Saeng Bae, Seryon Lee (2008). Human Rights Accountability for North Korean Escapees. 법학연구, 27, p.183.

(192) Ibid, p.184. (Although a motive for North Korean escapees may vary among individuals, an attempt to raise the refugee issue should be proceeded in conjunction with accurate assessment of main motive for the escape, which can be ultimately and commonly found in underlying human rights situations of North Korea.)

(193) <난민의 지위에 관한 1951년 협약 및 1967년 의정서에 의한 난민지위의 인정기준 및 절차 편람과 지침>, UNHCR, (영문 개정판, 제네바, 2011년12월) 한글판, 서울,

사실 인정(fact-finding)에 있어 기본적인 정보는 최초의 표준적 실물지에 기재된 정보에서 획득될 것이다. 그러한 기본적인 정보만으로는 통상적으로 심사관이 결정을 내리기에는 불충분하므로 1회 이상 개별 면접이 요구된다. 심사관은 신청인이 자신의 사건을 설명하면서 자신의 의견과 감정을 충분히 설명할 수 있도록 그의 신뢰를 얻어야 한다. 그러한 신뢰 분위기를 조성하려면 당연히 신청인의 진술을 비밀로 다루고, 신청인에게도 그 점을 알리는 것이 무엇보다 중요하다.⁽¹⁹⁴⁾

탈북자 문제, 특히 재중 탈북자 문제를 해결하는 데 있어 난민 인정에 대한 중국의 입법이나 관련 정책의 실행은 매우 중요한 역할을 담당함을 고려할 때, 위에 언급했던 난민 인정 절차의 도입은 시급하다. 중국이 탈북자의 난민지위 인정하기 위해 사실관계를 확인하고 평가하는 과정은 다음과 같이 요약할 수 있다.

난민 지위를 신청하는 탈북자들은 사안의 사실을 입증함에 있어서 사실만을 말하고 심사관에 최대한 협조해야 한다. 제시할 수 있는 모든 증거로 자신의 진술을 뒷받침하기 위해 노력하며, 진술을 뒷받침할 만한 증거가 부족한 경우 그에 관한 만족할 만한 설명을 제공한다. 필요한 경우 추가 증거를 입수하고자 노력해야 한다. 신청인이 본인 및 과거 경험에 관한 정보 중 심사관이 관련 사실 관계를 확인하기 위해 필요로 하는 모든 정보를 상세하게 제공한다. 신청인은 난민 지위 인정 신청을 뒷받침하기 위해 제시한 모든 사유에 관해 일관된 설명을 요구받으며, 제기된 모든 질문에 답변해야 한다.⁽¹⁹⁵⁾

2014년 9월. para.195. 참조.

(194) Ibid, para.200.

(195) <난민의 지위에 관한 1951년 협약 및 1967년 의정서에 의한 난민지위의 인정기준 및 절차 편람과 지침>, UNHCR, (영문 개정판, 제네바, 2011년12월) 한글판, 서울, 2014년 9월. pp.39~40. 참조.

심사관은 신청인이 제시할 수 있는 모든 증거를 통해 난민 지위 인정 신청을 진행할 것을 보장해야 한다. 사안의 객관적, 주관적 요소를 판단하기 위하여 신청인의 신빙성 및 증거를 (필요한 경우 “의심스러운 경우에는 신청인에게 유리하게”의 원칙을 통해) 평가한다. 신청인의 난민지위에 관한 결론을 내리기 위하여, 이러한 요소들을 1951년 난민협약의 관련 기준에 결부시켜야 한다. (196) 재중탈북자의 난민지위의 인정은 결코 기계적이고 틀에 박힌 과정이 아니라는 점을 보여준다. 오히려, 탈북자의 난민지위 인정은 전문적 지식, 훈련 및 경험, 그리고 무엇보다도 신청인의 특수한 상황 및 그와 관련된 인적 요소에 대한 이해를 필요로 한다.

이러한 과정을 통해 탈북자들의 상황에 따라 그들을 정치 난민과 경제 이주민으로 대략 구분할 수 있다. 정치 난민은 난민 지위 인정을 받고 난민협약상 권리를 향유하며 의무를 이행한다. 경제 이주민일 경우에는 난민 지위를 부여받을 수 없지만 현 거주국인 중국에게도 일정한 인도주의적 원조를 제공하라고 통상적으로 요구할 수 있다.(197) 따라서 재중 탈북자들의 사정을 조사하고 유형을 나눠서 문제별로 적절하게 처리하는 것은 국제법을 준수하는 합법적인 처리 방식이며, 이의 전제 조건이라 할 수 있는 중국 측 난민 인정절차의 설치 및 보완으로부터 시작될 것이다.

3. 잠정적 보호자로서 보호

(196) Ibid.

(197) HUANG Zhi-xiong, HU Jian-sheng(2014), “The International Legal Status of North Korean Escapees and China’s Relevant Policies”, <Presentday Law Science>, Vol.12, No.5, p.8.

국제난민법과 국제관습법에 따라 난민의 영구적인 해결은 보통 세가지 방법이 있다. 자발적 본국귀환(voluntary return or repatriation), 현지 동화(local intergration), 또는 재정착(resettlement)이다. 탈북자의 경우에 자발적 본국귀환은 이들이 본국에서의 생활을 희망하여 UNHCR를 통해 북한으로 돌아가게 도움을 신청하는 것이다. 탈북자의 현지 동화는 재중 탈북자들이 인도차이나 난민처럼 중국 정부로부터 보호와 정착 지원을 받고 합법적 신분으로 현지에서 생활을 하는 것을 예상할 수 있다. 재정착은 탈북자들이 다른 난민 인정 국가나 국적을 부여받을 수 있는 국가로(예를 들어, 보통 한국이나 미국으로) 가는 것이다.

가). 자발적 본국귀환과 현지 동화

UNHCR은 자발적 본국귀환은 난민의 안전과 존엄성이 보장되는 선에서 이루어져야 함을 강조해왔다. 자발적 본국귀환 시 고려되어야 하는 안전과 존엄성(safety and dignity) 요소는, 귀환 이후 또는 귀환 도중, 입국지점과 목적지 등 모든 단계에서 고려되어야 한다. 또한, 구체적으로는 난민의 신체적 안전, 가족결합의 필요성, 취약집단의 요구에 대한 주의, 귀화 시 동산의 소유권을 이전하는 것, 이주의 자유 등이 고려될 것이다.⁽¹⁹⁸⁾

현지 동화(Local integration)과 자립(Self-reliance)은 서로 관련되어 있지만 서로 다르다.⁽¹⁹⁹⁾ 대규모 난민 유입⁽²⁰⁰⁾이라는 맥락에서 피난민에 대

(198) 장복희(2006), 난민여성의 국제적 보호, 인도법논총, (26), p.265.

(199) UNHCR, Local Integration, Global Consultation on International protection, EC/GC/02/6, 25, April 2002, para. 14~17.참조. (“Local integration and self-reliance are related but different, one from another. ... Local integration is commonly referred to as one of the three ‘durable solutions’ available to refugees. Self-reliance should be seen as the precursor to any of the three

한 배치는 현지 동화를 의미한다. 현지 동화는 대규모 유입자를 난민으로 인정해주거나 인정해줄 가능성이 높은 국가에서 많이 발생한다. 국가는 이러한 유입자들에게 새로운 정착지 건설, 농업 또는 기타 경제 활동을 진행할 수 있도록 토지를 제공한다. 그들이 현지 사회에 점차적으로 거주 및 융합되어도 되며, 또는 자발적 본국 귀환 때까지 임시적인 조치로서 그들의 자립(Self-reliance)을 지원한다. 중국 남쪽에 많이 있는 인도차이나 난민 국영 농장은 바로 현지 동화 조치의 대표적 예이다.

중국 정부로부터 공식적 난민 지위를 부여받은 대상은 1970년경 베트남에서 중국 화교 신분 때문에 박해를 받은 인도차이나 난민이다. 그 이후에 중국으로 진입을 시도한 개인들은 그 출신지역에 상관 없이 중국 정부로부터 적절한 정착 지원을 받지 못하였다.⁽²⁰¹⁾ UNHCR은 2012년 1월까지의 중국 내 난민의 수를 301,018명으로, 비호신청자는 30명으로 예측했다. 이 중 대부분은 인도차이나 난민이다. 인도차이나 난민문제를 해결하는 과정에서 중국은 난민 관련 규범을 시행하고 어느 정도 이 문제를 완화했으나 전국에서 실행할 수 있는 입법이 없어서 상당수의 인도차이나 사람의 법적 지위가 명확하지 않았다.⁽²⁰²⁾ 그 결과 인도차이나 난민의 영구적 해결의 어려움이 있었고, 이는 변경 지역 사회 질서와 치안

durable solutions. It can be seen as part of a continuum, progressively leading to local integration. Local settlement is situated somewhere in between self-reliance and local integration. But in other instances, local settlement is a temporary phase, allowing refugees to become self-reliant, pending the time when they are able to benefit from the solution of voluntary repatriation.”)

(200) 집단적 난민지위 인정 (group determination of refugee status): 대규모 난민 유입의 일부가 되는 모든 사람을 사실상 근거(Prima facie basis)로서 난민으로 간주하는 관행이다. 집단인정으로 개인적인 난민지위의 인정 없이 보호와 지원이 부여된다. (大批难民／大规模涌入人员)

(201) “中国为何会接收国际难民？他们过得怎么样？” 财新网, 2017/06/25. <http://international.caixin.com/2017-06-25/101105362.html>

(202) 刘国福, 《中国难民法》, p.200.

상태의 부정적 영향을 주었다.⁽²⁰³⁾ 이러한 여러 가지 어려움을 고려해서 재중탈북자들을 일단 난민이 아닌 난민보다 낮은 보호 단계인 보충적 보호자로 간주하여 잠정적 보호조치를 제공하는 것이 현실적인 해결방안일 것이다.

나). 잠정적 보호와 재정착

잠정적 보호는 대규모 유입되는 사람에 대한 일시적 현지 보호 및 안치를 제공하는 것이다. 대규모 유입되는 사람이 무력 충돌이나 기타 심각한 인권 침해를 피하러 기타 국가에 들어간 경우 개별적 난민 신청 검토는 쉽지 않다. UNHCR과 일부 국가들은 대규모 유입된 사람들의 본국 사정에 따라 집단적으로 난민을 선별하며, 난민을 집단적으로 선별하지 않는 국가는 적어도 인도주의를 고려해서 이러한 난민 유사 단체들에게 잠정적 보호를 제공해야 한다.⁽²⁰⁴⁾ 예를 들어 북한과의 특별한 국가 관계를 감안하여 중국은 집단적으로 탈북자를 난민으로 인정하는 것보다 절충적이고 인도주의적 잠정 보호를 취하는 방식이 현실적일 것이다.

잠정적 보호는 인도주의적 보호 시스템 중 하나이며, 독특하고 대체할 수 없는 법적 지위를 가진다. 접수국이 그의 국경에 대규모적으로 유입된 외국인의 일시적인 입국을 허용하는 것은 이들에 대한 자동적이고 영구적인 해결 방안으로 간주 될 수 없다. 대규모 유입된 사람은 수용국에 엄청난 경제적 사회적 부담을 가져다주고 수용국가의 사회 질서와 내부 안정성에 심각한 영향을 미친다. 그래서 잠정적 보호는 오직 대규모 유입된 사람에 대한 영구적인 해결책을 찾기 위한 준비 단계로 활용될

(203) 吴喜, 梁晋云, 难民问题是影响中国边境地区社会稳定的诱因: 云南河口县难民问题调研报告, 云南警官学院学报, 2010 (1), pp.99-104참조.

(204) 刘国福, 《中国难民法》, 世界知识出版社, 2015, pp.217 ~ 218. 참조

수 있다.

탈북자들은 항상 중국 정부에 의해 경제적 이주자로 간주되어왔다. 1990년대의 탈북자들이 북한 국내의 심한 기근과 교화소의 인권 유린으로 인해 북한 지역을 이탈하는 사실은 국제 사회에서 널리 알려져 있다. 이에 따라 중국 정부는 그들에게 난민 지위나 집단적 난민 인정이 사실상 불가능하다면 절충적인 잠정적 보호를 제공해야 할 것이다. 일단 잠정적 보호자의 신분을 부여하고 강제송환정책을 중지한 후 그들의 재정착 등 영구적인 해결방안을 찾는 것이 현재 취할 수 있는 가장 실행 가능한 대안으로 생각된다.

재정착은 피난민 및 실향민과 같은 UNHCR의 관심 그룹을 다른 지리적 영역 및 환경으로 (보통 제3국으로) 재배치 또는 재융합하는 것을 의미한다. 통상적으로 재정착된 난민들에게 영주거주권을 부여한다. 혹은 재정착한 국가의 국적을 취득하여 해당 국가의 국민이 되는 것도 보편적이다. 재정착은 난민 문제의 영구적인 해결 방안중의 하나로서 난민에 대한 가장 효율적인 보호 수단이다. 재정착 대상자가 되려는 난민은 UNHCR의 요건을 충족시켜는 동시에 재정착하는 국가의 난민 인정 요건도 역시 충족시켜야 된다.⁽²⁰⁵⁾

재중 탈북자의 경우는 중국이 그들을 난민으로 인정하지 않는 반면에 한국은 탈북자를 자국민으로 취급한다. 그리고 한국에서는 탈북자들에게 국적을 부여하는 것이 아니라 이미 자국민임을 가정한 상태에서 호적을 회복하고 등록하는 것이다. 따라서 탈북자들은 한국에서 정착하는 것을 바라며, 한국에서의 재정착 역시 한국 정부의 입장과 탈북자 본인의 희망에 부합한다고 볼 수 있다.

모든 탈북자들이 한국 시민권을 획득할 자격이 있으므로, 난민으로서

(205) 刘国福, 《中国难民法》, 世界知识出版社, 2015, p.11.

의 국제 보호를 받을 필요가 없다는 입장도 있었다.⁽²⁰⁶⁾ 이와 같이 대부분의 탈북자들이 한국을 최종 목적지로 삼는 것을 감안하면, 중국은 이러한 탈북자를 먼저 받아들인 후에 그들의 필요에 따라 제3국으로 재정착을 촉구하는 “제1 비호국” 역할을 할 수 있을 것이다.

난민협약은 난민의 지위를 규정하는 협약이고 난민 문제의 영구적 해결에 대한 협약은 아니다. 또한 난민을 수용하는 것이 이러한 난민들의 정착 보장을 의미하진 않는다. 심지어 아프리카 단결기구 협약은 난민 정의를 확장했으며, 더 많은 난민과 비슷한 사람들을 보호하고자 노력하고 있다. 이는 국가들이 난민을 수용하고 이들의 정착을 보장하기 위해 최선을 다하도록 요청하였다.⁽²⁰⁷⁾ 그러나 난민들의 정착 보장이 국가의 의미는 아님을 보여주는 것이다.⁽²⁰⁸⁾

2013년 2월에 유엔총회는 UNHCR의 활동보고와 UNHCR Excom의 63차 보고를 심의하고 A/RES/67/14 결의를 통과했다. 해당 결의는 국가들로 하여금 지속가능한(durable) 해결책으로서의 재정착을 위한 기회를 만들며, 더 많은 재정착지가 필요함을 인정하고, 재정착한 난민의 사회 통합을 증진할 것을 요청했다. 또한, 국가들로 하여금 포용적이고 비차별적인 정착 정책을 확실히하도록 요청하였고, 재정착이 난민 해결 및 보호를 위한 전략적인 방안임을 강조하였다.⁽²⁰⁹⁾ 탈북자 문제 역시 이 같은 난민의 재정착 방법을 적절히 활용할 수 있을 것이다.

(206) Lee, Jinhwa, “legality and legitimacy of China’s Position on North Korean Asylum Seekers”, Ewha Woman’s University, Master of International Studies, 2015/11.

(207) OAU Convention Article 2.1. “Member States of the OAU shall use their best endeavours consistent with their respective legislations to receive refugees and to secure the settlement of those refugees who, for well-founded reasons, are unable or unwilling to return to their country of origin or nationality.”

(208) 劉國福, 《中國難民法》, 世界知識出版社, 2015, p.9. 참조.

(209) 劉國福, 《中國難民法》, 世界知識出版社, 2015, p.11. 참조.

제2절 조약상 의무 이행 강화 방안

1. 인권협약상 의무 이행: 사법 해석을 통해

중국은 인권법상 의무를 이행하기 위해 자국이 채택한 조약들을 본국 국내법을 통해 성실하게 이행해야 한다. 그 이유는 전문에서도 언급하듯이 국제인권법은 난민지위와 상관없이 모든 개인에게 적용되므로, 중국에서의 인권 조약 이행은 국제난민법의 이행보다 재중탈북자 문제에 큰 효과를 가져올 수 있기 때문이다.

국제인권조약은 미국에서 국내법의 효력을 가지며 자동 적용과 비(非)자동 적용으로 구분된다. 또한 현재 일본에서도 국제인권조약은 국내법과 동등한 효력을 가진다. 일본은 한때 인권조약의 적용에 반대했지만, 현재는 우회적인 방식으로 해석을 통해 인권조약의 적용을 확대하는 추세이다.⁽²¹⁰⁾ 그러나 중국은 역시 지금까지 인권조약지위 및 적용에 대한 명확한 헌법적이나 다른 국내법적 근거를 찾을 수 없다. 중국 헌법을 살펴보면 오직 조약 체결권에 관한 규정을 두고 있다.⁽²¹¹⁾ 이로 인해 중국 국내 법원이 당사자들의 인권조약상 권리를 보장하려고 했으나 인권조약의 중국 국내적 적용에 문제가 있어서 어색한 상황을 초래할 수 밖에 없다. 즉, 중국 국내 법원은 법정에서 국제인권조약을 직접 인용하고 이를 의거해서 판결을 내릴 수 없다. 다시 말하면, 판사는 외국인이나 중국인의

(210) 夏政双(2012), 国际人权条约在国内的适用问题研究, 华东政法大学, 法学硕士学位论文.

(211) 第67条规定了由全国人大常委会决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除; 第81条规定了由根据全国人大常委会的决定, 国家主席批准和废除同外国缔结的条约和重要协定; 第89条规定了国务院同外国缔结条约和协定。

국제인권조약상 권리를 보호하는 데 오직 중국 국내법을 적용하여야 하므로, 판결을 내리는 법적 근거로서 국제조약을 원용할 수 없는 것이다.⁽²¹²⁾

조약의 국내적인 적용 문제에 대한 “중국은 국제인권조약 이행에 있어서 국내법으로 변형(transformation)하는 방법을 택하고 있다”⁽²¹³⁾는 견해도 있었지만 예외도 있다. 중국 <민법총칙> (民法通则), <해상법>(海商法) 등 법에서의 조문을 살펴보면 “중화인민공화국이 체결했거나 가입한 조약의 규정을 적용함에 있어 중화인민공화국 법률과 다른 경우, 국제조약 규정을 적용한다. 단, 중화인민공화국이 유보한 경우는 예외이다”⁽²¹⁴⁾ 즉, 중국에서 민사, 상사 영역의 조약은 중국 국내법보다 우선 적용되며, 민사, 상사 영역의 조약을 한하여 그의 적용은 변형(transformation, 转化)이 아닌 수용 (incorporation, 纳入) 하는 방식이다. 그러면 다른 영역, 특히 재중탈북자의 권리 보장함에 있어 가장 중요한 난민지위협약과 다른 국제인권조약 등은 중국에서 효율적인 적용 방법은 없을까?

중국 최고인민법원은 사법 해석(司法解释)을 할 수 있는 권리가 있으며⁽²¹⁵⁾, 이러한 사법해석은 국내법에 대한 보충 역할을 맡고 국내 법원이 사건을 심리하는 데 구속력이 있는 법적 근거가 될 수 있는 것이다. 인권은 정치, 경제, 문화 등 여러 가지 방면에게 영향을 끼치며, 예민하고 복잡한 문제이다. 공식적인 입법보다는 법원이 구체적인 사건을 처리하

(212) 장복희, “중국에서의 인권조약 UN 이행 -탈북자 보호문제를 중심으로-” 참조.

(213) Ibid.

(214) 《民法通则》 第142条规定：中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。

(215) 중국 전국인민대표대회 상임위원회가 입법해석을 할 수 있고, 중국 국무원이 행정해석을 할 수 있다.

는 과정에서 인권조약의 정신을 참조하여 사법해석을 통해 국내법의 결함을 보충하고 해당 사건에서의 당사자 인권을 보호할 수 있다. 이러한 방식을 통해 인권조약의 중국 국내 적용 문제를 우회적으로 해결할 수 있다. 중국 국내의 인권 상황 개선 및 구체적인 사건을 원만히 해결할 수 있다.

사법해석은 국내법 관련 조항만을 대상으로 하며, 관련 인권 조약의 일부 규정만을 참조하면 되는 것이다. 반면에 변형이든 수용이든 인권조약에 관한 국내 이행 문제는 전문적 특별 입법이다. 양자를 비교하면 그의 입법 자원과 현실적인 어려움도 큰 차이가 있다. 따라서 민사, 상사 영역 이외 특히 난민협약 같은 인권조약들의 국내법적인 적용에 대하여 신중(慎重)하고 우회적인 사법 해석 방식이 보다 효율적이고 현실적이다.

2. UNHCR과의 협력

국제사회는 탈북을 할 수 밖에 없는 이유가 북한정권의 억압적 성격과 경제적 비효율성 등에 인한 것이므로 주변 국가들이 탈북자들을 난민으로 인정하고 정해진 절차에 따라 지원 및 보호해야 한다고 주장하였다. 최근에는 탈북자의 강제송환을 금지하고 강제송환된 탈북자들의 인권을 보호하기 위한 근거로 난민협약뿐 아니라 고문방지협약 등도 적극적으로 활용되고 있다. 그럼에도 불구하고 재중탈북자의 인권보호를 위한 가장 중요한 국제협약 혹은 국제인도주의 체제는 여전히 1951년 난민협약과 UNHCR를 중심으로 이뤄지는 국제난민 체제이다.⁽²¹⁶⁾ 특히 중국 정부가 재중탈북자 문제에 있어 UNHCR과 협력한다면, 해당 문제 개선에 크게

(216) 송영훈, “북한인권과 UNHCR의 역할과 과제”, <통일연구원 기타간행물>, 2013.11, p.173.

기여할 수 있을 것으로 기대된다.

UNHCR의 난민정의는 보다 진보적인 것으로 평가된다.⁽²¹⁷⁾ 이는 UNHCR 규정에 부합하는 난민요건을 갖추기만 하면 1951년 난민협약이나 난민의정서 가입 여부와 상관없이 UNHCR에 의한 국제적 보호가 가능하다는 하며, 난민요건에 관한 UNHCR 규정 해석이 훨씬 탄력적이기 때문이다.⁽²¹⁸⁾ 이는, 1950년대 이후 발생한 가뭄, 폭우, 지진 등의 천재지변은 물론 전쟁, 환경파괴, 빈곤 등으로 인한 대량 난민의 출현에 직면하여, UNHCR이 적절히 대응하여 왔다는 점에서 잘 입증되었다. 이처럼 국제사회의 지각변동을 배경으로 한 UNHCR의 역할 확대는 UNHCR 규정상의 난민 정의를 사실상 수정 내지 확대하는 것으로 볼 수 있다.

UNHCR 규정의 난민정의가 비교적 탄력적임에도 불구하고, 이러한 UNHCR 규정의 난민정의는 법적 구속력을 갖지 못한다는 한계가 있다. UNHCR은 유엔총회의 권한 하에서 활동하며, 유엔총회와 경제사회이사회의 정책지시에 따르도록 되어 있다 (UNHCR 규정 제1, 3조). 따라서, 실질적으로 UNHCR이 내리는 난민 판정은 유엔총회나 경제사회이사회의 정책지시에 따른 것으로 볼 수 있다. 결국 유엔총회와 경제사회이사회의 결의가 유엔회원국에 법적 구속력을 가지지 않는 것처럼, UNHCR의 난민 판정 역시 법적 구속력을 가지지 못하는 것이다.

그러나 또 다른 측면에서, 1951년 난민협약이 각 체약국으로 하여금 UNHCR을 포함한 유엔 각 기관과 협력하도록 규정하기 때문에, 이 협력 관계를 근거로 난민협약의 당사국이 UNHCR의 난민 판정에 법적으로 구속된다는 결론을 도출할 수 있을 것이다. 그러나 결론적으로 이 같은 협

(217) 이용호, “난민의 개념과 그 보호”, <국제법학회논총>, 52(2), 대한국제법학회, p.313.

(218) 장복희, “현대국제법상 난민의 정의와 박해의 의미의 변화”, <국제법학회논총>, 47(1), 대한국제법학회, p.169.

력 관계가 난민협약의 당사국이 UNHCR의 난민 판정에 법적으로 구속된다는 증거로 활용되긴 어려울 것이다. 즉 중국을 포함한 난민협약의 체결국들이 협력할 것을 약속한 것은 UNHCR의 임무수행(특히 난민협약 적용에 있어서의 감독책무)에 편의를 제공한다는 의미에 지나지 않을 뿐, 동 기관이 인정한 난민자격을 그대로 수용하겠다는 것은 아니기 때문이다.⁽²¹⁹⁾

반면에 특별협정이 체결되어 있지 않은 경우, 체결국이 난민의 자격을 결정할 수 있다. 또한 난민협약과 난민의정서의 체결국이 아닌 국가가 UNHCR과 협조하여 난민자격을 결정하기도 하는데, 이는 법적 의무에 근거한 것이 아니라 국제예양의 차원에서 협조하는 것이다.⁽²²⁰⁾

UNHCR 북경사무소는 중국에서 난민등록과 난민 지위 인정활동을 담당하고 있다.⁽²²¹⁾ 그러나 UNHCR 사무소를 이용하는 것은 비용도 매우 크며, 그 가능성도 희박하다. 또한 거리와 비용 면에서 중국에서 난민이 보호를 구하는 일은 매우 어렵다.⁽²²²⁾ 난민지위를 인정받는 자는 UNHCR이 영구적 해결책을 구할 때까지 중국에서 일시적 체류허가를 받는다. 여기서 영구적 해결책은 대부분 제3국에서의 재정착으로 해석된다. 인도차이나 출신이 아닌 난민은 일반적으로 직업을 가질 권리가 없는 외국인으로 처우된다. 이들 난민은 식량, 수용소, 보건과 아동교육의 문제에 있어 UNHCR의 지원을 받는다.⁽²²³⁾

(219) 김찬규, “탈북자의 보호에 관한 국제법적 고찰”, <중국국적 조선족과 탈북난민 문제>, 백상재단, 2003, pp.159-160.

(220) 난민자격의 결정과 관련하여, 예컨대 벨기에는 자국 정부와 UNHCR 간에 체결된 약정에 의해 자국법과 난민협약의 목적달성범위 내에서 UNHCR에 의해 결정되도록 하고 있다. 또한 이탈리아는 자국 정부와 UNHCR의 대표로 구성되는 합동위원회에 의해 결정되도록 하고 있다.(김명기, <국제법원론(상)>, 박영사, 1996, p.738.

(221) Asia and the Pacific, UNHCR, <http://www.unhcr.org/pages/4a02d8ec6.html> (2016.9.12. 검색)

(222) 장복희 (2017). 동아시아의 난민법정책. 저스티스, 158-2, p.517.

따라서 중국은 기존 탈북자 문제 처리 방침의 틀을 벗어나, UNHCR의 특징과 장점을 활용하여 탈북자들을 보다 원활하고 효율적으로 구제해야 할 것이다. 예를 들어, 탈북자이 협약난민으로 인정받지 못하는 경우, 이들을 보호할 수 있는 또 다른 방법은 UNHCR을 통하여 위임난민으로서의 지위를 인정받는 것이다.

또 탈북자들에 공식적 난민 지위를 부여하기 보다는, UNHCR에 의한 잠정적 보호를 제공할 수 있을 것이다. 이는 가장 빠른 시간 내에 탈북자들의 생존 상황을 개선할 수 있다는 장점이 있다. 잠정적 보호는 월경자의 대량적 유입에 대한 긴급조치로,⁽²²⁴⁾ 그 보호 대상은 난민 뿐 아니라 난민 지위를 인정받지 못하는 이주자까지도 포함한다. 이들은 일단의 기본적인 생존을 위함 도움을 제공 받으며, 기본적 인권 역시 보호될 것이다. 따라서 중국의 난민이나 이민 특별법과 난민 선별 및 인정 절차가 미비한 상황에서 적어도 UNHCR와 협력해서 잠정적 보호 조치를 통해 재중탈북자를 보호하는 데 가장 효율적 방안으로 예상된다.

(223) 장복희, Ibid, p.518.

(1) UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Guidelines on Temporary Protection or Stay Arrangements, February 2014, available at: <http://www.refworld.org/docid/52fba2404.html> (2017.6.5.검색)

제 6 장 결 론

이상 본 연구는, 탈북자에 대한 중국 정부 입장을 규명하고, 이를 법적으로 검토하여 향후 문제 해결을 돕기 위한 개선 방안을 제시했다. 먼저 제2장은 재중 탈북자들에 대한 중국 정부의 입장을 사례, 중국 정부 문서, 또 관련 중국 국내법을 통해 살펴보았다. 그 중에서도 주로 중국 국내법을 위주로 관련 조항을 소개하고 탈북자에 적용하여 분석했다. 재중탈북자와 유사한 상황에 처한 미얀마 월경자 문제도 살피고 이와 비교하여 분석했다.

중국 탈북자 정책의 국제법 합치 여부를 살피기 위해 제3장은 재중탈북자의 국제법적 지위를 검토했다. 보다 구체적으로 중국 정부가 주장해 온 (협약)난민, 경제적 이주민을 비롯한 위임난민, 현지난민, 비호신청자 등의 국제사회에서 보호를 받을 수 있는 몇 가지 신분의 요건을 살펴보았으며, 이들 중 재중탈북자에 적용 가능한 요건이 있는지 검토하였다. 이를 통해 재중탈북자가 협약난민이 아니어도 경제적 이주민이 아닌 위임난민, 현지난민, 그리고 비호신청자로서 중국 정부로부터 기본적 보호를 받을 권리가 있다는 결론을 도출했다.

제4장은 주로 중국 정부 입장을 국제법적으로 검토했다. 먼저, 재중탈북자를 북한으로 강제송환하는 주요 법적 근거인 중조양변의정서를 살펴보고 분석했다. 그중에서도 강제송환과 관련되는 조항을 살피고 이 의정서의 국제법상 효력을 검토했다. 제2절에서 중국 정부의 탈북자를 강제송환 행위가 흔히 비난받는 근거인 강제송환금지원칙에 관한 내용이었다. 이 원칙은 여러 조약에서 언급되는데 이를 구체적으로 살펴본 다음의 재중탈북자에 적용 시켜 분석했다. 탈북자를 발견하면 조사 없이 북

한으로 강제송환하는 행위는 적어도 고문방지협약상의 강제송환금지 원칙의 위반인 것을 입증했다. 마지막 제3절에서 재중탈북자에 대한 중국 정부의 기타 조약상 의무를 검토했다. 주로 인권조약의 국내적인 이행 의무, 불이행 시의 국가책임 추궁 및 인권조약상 UNHCR과의 협력 의무를 나눠서 중국의 탈북자 강제송환행위를 분석한다.

중국 입장에 대한 법적 분석을 바탕으로 제5장은 중국 측에서 실행 가능한 개선 방안을 제안했다. 중국 국내법의 측면에서 난민에 관한 중국 특별법이나 특별 규정이 없는 실정을 고려하여 시급하고 적절한 중국 난민 인정 절차 도입 대안을 제시했으며, 입법의 절차가 복잡하고 사실상 정치적인 어려움도 있음을 감안하여 법률보다 일단 중국 국무원 법규의 형식으로 조속히 난민관련 법규를 만들도록 촉구했다. 이 외에도, 탈북자의 영구적인 해결 방법으로 재정착 방안을 검토했다. 국제조약의 이행 강화 측면에서 중국 정부는 인권 보호에 대한 국제법적인 의무를 더욱 적극적으로 이행하는 방안을 제시했다. 중국 최고인민법원의 사법 해석 방법을 위주로 제기했다. 이러한 개선 방안 제시가 중국의 탈북자 정책이 국제법을 준수하는 방향으로 발전할 수 있는 실행 가능한 방안으로서, 향후 탈북자 문제의 해결에 기여하길 기대한다.

참 고 문 헌

논문:

-한국어-

- 김종철 (2014). “난민정의에 대한 한국 판례의 비판적 고찰”, 서울국제법 연구, 21(2).
- 박병도, “재중 탈북자와 국제난민법”, 법학논총, 19(1).
- 박지현 (2001) “난민, 실향민과 국제인도법에 대한 연구”, 인도법논총, (36).
- 백충현, “국제적 난민보호의 새로운 방향 모색-제28차 아시아 아프리카 법률자문회의의 참가보고”, 인도법논총.
- 송영훈 (2013). “북한인권과 UNHCR의 역할과 과제”, <통일연구원 기타간행물>.
- 신지원 (2015). ‘이주-비호의 연계성’ 담론과 난민보호 위기에 관한 정책적 고찰. 민주주의와 인권, 15(3).
- 이근관(2010), 통일 후 한-중 국경 문제에 관한 국제법적 고찰, 국제법학회논총, 55(4).
- 이근관(2011), 북한위기상황 시 주변국의 개입가능성과 그 국제법적 논리에 대한 검토, 서울국제법연구, 18(2)
- 이근관(2006), 자유권규약 위원회 견해의 규범적 효력에 관한 고찰, 서울국제법연구 13(1).
- 이근관(2008), 한반도 종전선언과 평화체제 수립의 국제법적 함의, 서울대학교 법학연구소 법학, 49(2).
- 이기현 (2012). “중국의 탈북자 정책 동향과 한국의 대응전략”, 통일정책연구, 제21권 제2호.
- 이규창 (2006). “재중 탈북자 보호와 고문방지협약”, <국제법학회논총>, 51(1).

- 이규창, 김수암, 이금순, 조정현, 한동호 (2013). “인도적 지원을 통한 북한 취약 계층 인권 증진 방안 연구”, <통일연구원 연구총서>.
- 이봉구 (2012). “북한이탈주민의 국제적 보호”, <통일과 법률>, 2012.05.
- 이예령 (2004). “제중 탈북자의 국제법적 지위와 그 문제 해결에 관한 연구”, 서울대학교 대학원.
- 이재곤 (2001). “대규모 탈북자 문제에 대한 국제법적 대응”, 법학연구, 12(1).
- 이재민 (2015). “국제사법재판소 판결의 이행: 이행 분쟁 규율 규범의 공백과 대안의 모색”, 서울국제법연구, 22(1).
- 이재민 (2014). “우리 법원에서의 통상협정의 해석과 적용 - 주요 판례에 대한 검토와 향후 과제”, 서울국제법연구, 21(2).
- 이재민 (2013). “조약상 의무 이행과 사법부 - 대법원 강제동원 판결에 대한 한일 투자협정의 적용 가능성”, 서울국제법연구 20(2).
- 이재민 (2008). “북방한계선(NLL)과 관련된 국제법적 문제의 재검토”, 서울국제법연구 15(1).
- 엄해옥 (2012). “中國의 脫北者送還問題에 關하여”, 유럽헌법연구 제12호.
- 오승진 (2012). 난민법 제정의 의의와 문제점. 국제법학회논총, 57(2).
- 한동호 (2014). “한국의 대북 인권정책 연구”, <통일연구원 연구총서>.
- 한희원 (2014). “북한이탈주민과 그 지원자의 난민성에 대한 법리적 고찰”, <중앙법학>.16(2)
- 한희원 (2013). 새로운 환경에 따른 북한인권법의 제정과 탈북자의 난민성에 대한 고찰. 법학연구, 50.
- 홍성필 (2007). “국제인권에 비추어본 북한의 인권”, <저스티스>, 2007.6.
- 장복희 (1997). “국제법상의 난민보호와 그 문제해결”, 국제법학회논총, 42(2).
- 장복희 (2009). “무국적 탈북자의 권리와 법적 지위”, 동아법학, (43).
- 장복희 (2017). “동아시아의 난민법정책”, 저스티스, 158(2).
- 장복희 (2006). “난민여성의 국제적 보호”, 인도법논총, 26.
- 장복희 (2004). 난민 정의상 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’. 인

도법논총, 24.

정인섭 (2014). 우리 법원의 국제법 판결에 대한 연구의 현황과 과제. 서울국제법연구, 21(2).

정인섭 (2015). 조약의 국내법적 효력에 관한 한국 판례와 학설의 검토. 서울국제법연구, 22(1).

정인섭 (2011). 국제기구에 관한 조약의 국회동의. 국제법학회논총, 56(3).

정인섭 (2014). 조선적 재일동포에 대한 여행증명서 발급의 법적 문제. 서울국제법연구, 21(1).

정인섭 (2003). 유럽의 海外同胞 支援立法의 검토. 국제법학회논총, 48(2).

정인섭 (1994). 일북 수교와 재일교포의 국적. 서울국제법연구, 1(1).

정인섭 (2009). 한국에서의 난민 수용 실행, 서울국제법연구, 16(1).

정인섭 (2016). 우리 법원에서의 국제법 관련 판결, 서울국제법연구, 23(2).

-중국어-

학위 논문:

吴迪, “庇护的法律制度研究”, 华东政法大学, 2013.

钟俊辉, “难民权利保护问题研究”, 西南政法大学, 2008.

吴敏贞, “论联合国难民署对难民的保护”, 复旦大学, 2008.

王玉玮, “论难民不推回原则”, 中国政法大学, 2001.

陈艳, “论大规模涌入中难民的国际保护”, 华东政法学院, 2004.

任平丽, “难民不推回原则研究”, 外交学院, 2010.

许慧, “论难民的国际法保护”, 南昌大学法学院, 2014.

王晓丽, “欧盟对第三国国民的权利义务保护—以移民与避难为核心”, 中国社会科学院法学院, 2014.

王淼, “欧盟难民保护制度研究”, 中国政法大学法学院, 2011.

학술지:

梁淑英,“非法入境难民的处理原则”,《法学杂志》,2008.06

张爱宁,“难民保护面临的国际法问题及对策”,《政法论坛》,2007.06.

徐军华,李若瀚,“论国际法语境下的‘环境难民’”,《国际论坛》,2011.01

孟昱妍,陈烁,“论国际法视角下的外交庇护”,《人民论坛》,2010(32).

郝鲁怡,“欧盟难民与庇护一体化法律制度研究“,《河北法学》,2010(07).

甘开鹏,“论难民国际保护的基本原则”,《重庆工商大学学报》(社会科学版),2010(01)

张爱宁,“难民保护面临的国际法问题及对策“,《政法论坛》,2007(06).

薄燕,“对环境被迫移民问题的若干思考”,《国际论坛》,2006(02).

王虎华,“论国家主权与国际人权的辩证关系”,《华东政法学院学报》,2002

朴键一,李志斐,朝鲜“脱北者”问题的国际化及其影响,《现代国际关系》,2012.07.20.

郭锐,朝鲜“脱北者”的难民身份认定浅析,《陇东学院学报》,2013.11.15

肖涛,“脱北者”在韩国:代价昂贵道路坎坷,《中国国防报》,2015.01.13

赵春燕,“难民潮”下,国际公约的尴尬,《民主与法制时报》,2015.09.20.

马乐,欧盟应对难民潮遭遇法律困境,《法制日报》,2015.09.01.

包美霞,破解欧洲难民问题非一日之功,《法制日报》,2015.08.04.

宦翔,任彦,地区动荡加剧全球难民问题,《人民日报》,2015.06.20.

任彦,韩秉宸,黄培昭,欧盟想给成员国摊派难民指标,《人民日报》,2015.05.16.

陆海娜,从国际法义务谈建立我国难民甄别机制,《法制日报》,2015.05.13.

丁纯,欧洲难民潮缘何遭遇“尴尬”,《人民论坛》,2015(9).

唐魑,德国难民政策的历史与现状,《德国研究》,2015(2).

赵向华,韩国《难民法》述评—兼论我国难民立法的启示,吉林师范大学学报,2005(1).

赵丽，国际社会完善法律应对新形势下难民问题，《法制日报》，2013.06.20.

李耕耘，我国难民保护的法律问题研究，《武警学院学报》，2013（7）.

和静钧，大国如何对待难民，南风窗，2010（2）.

-영어-

Chung Yujin, “Analysis of China’s Policy toward North Korean Defectors”, 서울대학교 국제대학원, 석사, 2010.

HUANG Zhi-xiong, HU Jian-sheng, “*The International Legal Status of North Korean Escapees and China’s Relevant Policies*”, <Presentday Law Science>, Oct. 2014, 12（5）

Lee, Jinhwa, “legality and legitimacy of China’s Position on North Korean Asylum Seekers”, Ewha Woman’s University, 2015.

Jaeng Saeng Bae, Seryon Lee (2008). Human Rights Accountability for North Korean Escapees. 법학연구, 27.

단행본:

-한국어-

이규창, 김수암, 조정현, 유현정, <탈북자 관련 국제조약 및 법령>, 통일연구원, 2012.

윤여상 등, <북한인권백서>, 통일연구원, 2016.

한희원, <국제인권법원론-이론과 케이스>, 삼영사, 2012.

정인섭, <신국제법강의>, 제5판, 박영사, 2014.

정인섭, <에센스 국제조약집>, 개정2판, 박영사, 2015.

UNHCR, 국제의회연맹, <난민보호: 국제난민법 이해>, 국회 의원을

위한 편람 No.2-2001.

The UN Refugee Agency, <난민 지위의 인정기준 및 절차 편람과 지침>
(한글판, 서울, 2014년 9월).

-중국어-

刘国福, 《国际难民法》, 世界知识出版社, 2014.

刘国福, 《中国难民法》, 世界知识出版社, 2015.

梁淑英, 《国际难民法》, 世界知识出版社, 2009.

王铁崖, 《国际法》, 法律出版社, 1995.

李浩培, 《条约法概论》, 法律出版社, 1987

-영어-

Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, The Refugee in International Law, 3rd ed. Oxford University Press, New York, 2007

James C. Hathway, The Rights of Refugees under International Law, Cambridge University Press, 2005.

James C. Hathway and Michelle Foster, The Law of Refugee Status, 2nd edition, Cambridge University Press, 2014.

조약:

<The 1951 Convention relating to the Status of Refugees> 즉, <난민의 지위에 관한 협약>, 1951.

<The 1967 Protocol relating to the Status of Refugees> 즉, <난민의 지위에 관한 의정서>, 1967.

<The 1969 Organization of African Unity Convention Governing the

Specific Aspects of Refugee Problems in Africa> 즉, <아프리카통일기구 협약>,1969.

<Cartagena Declaration on Refugees> 즉, <난민에 대한 카타헤나 선언>, 1984.

<Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment> 즉, <고문방지협약>, 1984.

<The Optional Protocol to the UN Anti-Torture Treaty> 즉, <고문방지협약의정서>, 2002.

<UNHCR Statute>, 즉 <유엔난민고등판무관사무소규정>, 1950.

<International Covenant on Civil and Political Rights> 즉, <시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약>, 1966.

<변경지역의 국가안전과 사회 질서 유지업무를 위한 상호협력의정서> 즉, 《中华人民共和国公安部朝鲜民主主义人民共和国国家安全部关于在边境地区维护国家安全和社会秩序的工作中相互合作的议定书》, 1998

기타:

동아일보, “탈북자는 경제목적 월경자 난민 아니다”, 2012.03.02

조선일보, “박성준 베이징 지국장의 동아시아 칼럼“, 2007.09.08.

조선일보, “한국행 탈북가족 5명, 中서 잡히자 음독자살”, 2017.07.24.

<천국의 국경을 넘다 (On the Border)>, 비디오녹화 자료, 조선일보 특별 취재 기획, 서울, 태원엔터테인먼트, 2008.

<무산일기>, 비디오녹화 자료, 박정범 감독, 서울, 아트서비스, 2012.

<두만강>, 비디오녹화자료, 장률 감독, 서울, 와이드미디어, 2011.

부록

中华人民共和国公安部朝鲜民主主义人民共和国国家安全保卫部关于在边境地区维护国家安全和社会秩序的工作中相互合作的议定书（1998年7月8日签订于北京并于1998年8月28日生效。）

中华人民共和国公安部和朝鲜民主主义人民共和国国家安全保卫部，本着进一步发展两国公安、安全保卫机关的友好合作的愿望，双方对在边境地区维护国家安全和社会秩序的工作中相互合作问题，达成协议如下：

第一条

双方在维护两国边境地区安全和保卫国家、社会财产及居民生命财产的工作中相互合作。

一、双方在预防火灾、风灾、水灾、地震灾害、劳动事故等各种灾害事故的工作中，积极合作。一方对因灾害事故被迫进入本方境内的对方居民，应当予以救护。

二、一方在拾得对方遗失的船只、家畜、家禽和其他物资财产时，要妥为保管，不得自行处理，并尽快通知对方；接到通知的一方应当尽快领回。

三、如果在一方边境地区发生疫情，并有可能蔓延至对方时，应当立即通知对方。必要时，经过双方协商，可以暂时停止出入境通行。

四、一方如果在本国境内或者在边界上进行作业并可能危害对方国家、社会财产及居民生命财产时，应当事先同对方协商并采取安全措施。

五、一方如果在边境地区发现尸体时，应当查明其国籍和死亡原因。死亡者如果是对方居民，应当移交对方；如果被发现的尸体涉及到与双方有关的犯罪案件，或者国籍不明的，可共同进行检验；如果无法查明死者的国籍，由尸体所在的一方进行处理。

六、为了预防可能危害居民生命和国家、社会财产事故的发生，双方禁止在鸭绿江和图们江的共同水域使用武器、炸药打猎、捕鱼。

七、双方军、警人员在边境上执行公务，除遇有重大危害国家安全的破坏活动，或者被盘查者以暴力反抗危及自身生命安全等特殊情况外，不准开枪，不准施放警犬。

第二条

双方在两国边界和边界上的设施的警卫工作中相互合作。

一、双方以鸭绿江和图们江共同水域作为共同的警卫区域。

为了便于执行警卫任务，在共同警卫区域内，靠近本方领土地区的警卫任务，由该方负责执行。

二、双方党和国家领导人专列通过国境桥时，双方应对国境桥周围水域加强警卫工作。

三、对两国边界上的设施的警卫工作，应当根据双方达成的有关协议，各自负责本方承担的任务。

四、双方在执行上述警卫任务中，应当将影响两国边界和边界上的设施安全

的情况、信息及时通知对方。

第三条

双方在建立和维护两国出境入境秩序的工作中相互合作。

一、在确定两国出境入境地点的时候，应当经过双方协议，并相应地建立出境入境检查机关，组织和执行维护出境入境秩序的工作。

二、双方允许两国出境入境人员，凭护照、边境地区出入境通行证（中方为《中华人民共和国中朝边境地区出入境通行证》甲、乙两种版本，朝方为《朝鲜民主主义人民共和国公务过境通行证》、《朝鲜民主主义人民共和国边境地区居民过境通行证》）和经双方协议规定的其他证件，在证件指定地点出境入境。

三、两国边境地区市、县、郡的公安边防和出入境工作机关负责人，对于要求到对方边境地区探亲的边境地区居民，发给为期一个月的边境地区出入境通行证（中方为《中华人民共和国中朝边境地区出入境通行证》乙种版本，朝方为《朝鲜民主主义人民共和国边境地区居民过境通行证》），并加盖各自规定的边境地区通行证件专用章。对探亲边民要严格审批制度，加强管理，对方边境地区确有近亲者，始能批准；双方边民探望近亲以外的其他亲属，须办理“邀请通知书”。近亲的范围、通知书的样式及使用办法由双方边境公安、安全总代表会议确定。边境公安、安全总代表和副总代表对因处理边境地区工作需要出境入境的公务人员，发给为期一年以内的边境地区出入境通行证（中方为《中华人民共和国中朝边境地区出入境通行证》甲种版本，朝方为《朝鲜民主主义人民共和国公务过境通行证》）。

四、出入中朝边境的车辆使用统一的“车辆出入境标志”。两国的出境入境车辆，须贴挂双方商定的“车辆出入境标志”，从指定的口岸出境入境，进入对

方境内后，须按规定的路线行驶，并在指定的地区范围内活动。

五、出境入境通行时间规定如下：

（一）四月到九月：北京时间九时到十九时，平壤时间十时至二十时。十月至三月：北京时间九时至十八时，平壤时间十时至十九时。节假日保障必要的通行。

（二）在规定的出境入境通行时间以外，禁止一切人员和交通运输工具出境入境。根据其他协议得到允许的人员和交通运输工具除外。

因有紧要事务必须在规定时间外出境入境的人员和运输工具，可在对方出境入境检查机关同意后出境入境。

六、本条第五款规定的出境入境通行时间，授权口岸边防检查机关会晤协商，如需调整，须分别报经中华人民共和国公安部、朝鲜民主主义人民共和国国家安全保卫部批准，并相互通报后生效。

七、一方的边境警卫人员、边境地区公务人员、居民和交通运输工具，必须借用对方边境地区的道路通行时，除另有协议规定外，应当经过对方边境公安、安全总代表或副总代表的同意。

但在紧急情况下，也可以由双方边境公安、安全代表协商解决，事后各自报告本方总代表或副总代表。

八、两国边境地区有关部门签订协议，凡涉及到新的出境入境通行问题，均应事先由双方公安、安全保卫部门商定。

第四条

双方在防止非法出入境工作中相互合作。

一、未持合法证件或者不经过所持证件指定的通行地点和检查机关出入境的，视为非法出入境人员。

但对由于各种灾害和不可抗力的原因进入一方境内的对方人员（含精神病患者），不视为非法出入境者。

对持边境地区出入境通行证（中方为《中华人民共和国中朝边境地区出入境通行证》乙种版本，朝方为《朝鲜民主主义人民共和国边境地区居民过境通行证》），经公安、出入国工作机关允许，进入非边境地区的人员，不视为非法出入境者。

二、对于非法出入境人员，应根据情况将其名单和有关材料一并移交对方。但对其中越境后有犯罪行为的，可按本国法律处理，并将情况通报对方。

第五条

双方在打击犯罪工作中相互合作。

一、危害国家安全、社会治安以及有其他犯罪嫌疑的人员有逃入对方境内的危险时，应当通知对方；对持有武器或爆炸危险物品有可能逃往对方境内的犯罪嫌疑人，通报一方应将犯罪嫌疑人的照片、体貌特征、携带的武器和危险品、越境地点等有关详细情况及时通报对方；双方相互联系，不受时间、地点限制；接到通知的一方，应当采取必要的措施协助对方堵截、缉捕。

一方如果查获在对方境内犯罪后越入本方境内的对方犯罪嫌疑人员，应当将其及时移交对方。

一方对逃入对方境内的犯罪嫌疑人员，不准越入对方境内追捕和搜查，可委托对方调查缉捕；受委托的一方应当尽快将其缉捕，连同有关材料一并移交对方；如果被查获的犯罪嫌疑人员，在查获的一方境内犯有罪行时，查获的一方可依照本国法律处理，并将情况通报对方。

二、双方应当相互通报所获得的有关危害对方边境安全和社会秩序的情报材料。

一方在本国办理犯罪案件中，有必要向对方调查材料时，可以委托对方调查，受委托的一方应当尽快进行调查和答复。

三、对于涉及两国的案件，经协商各自负责本方的调查工作，并加强联系，互通情况，积极配合。

四、有犯罪前科和犯罪嫌疑的人员迁居对方境内的时候，应当将其材料移交对方。

五、一方对迁居过来的对方人员，如果对其身份不清楚时，可以委托对方调查；受委托的一方，应当予以调查和答复。

六、一方如在经过本国进入对方的第三国人中，发现有可能危害对方安全者，应当将所了解的有关其身份及动向情况通知对方。

七、双方在打击犯罪工作的相互合作中，涉及到两国边境省、道范围以内的问题，以及与其有关的问题，可以由双方各级公安、安全代表处理。涉及边境省、道范围以外的问题，由首席代表或受首席代表委托的人员解决。

第六条

双方以两国接壤的边境市、县、郡为中朝边境地区；边境地区因行政区划的变更而变更的时候，应当及时通知对方。

第七条

中华人民共和国公安部副部长、朝鲜民主主义人民共和国国家安全保卫部副部长为中朝边境公安、安全首席代表。中朝双方设边境公安、安全总代表一人和副总代表若干人。中方公安总代表、副总代表由边境省公安厅负责人和公安厅边防工作负责人担任；朝方安全总代表、副总代表由边境道安全保卫部负责人和国境警备工作负责人担任；双方设适当数量的公安、安全代表，由边境市、县、郡公安、安全保卫机关负责人担任。

边境公安、安全总代表，副总代表由中华人民共和国公安部和朝鲜民主主义人民共和国国家安全保卫部部长各自任免。公安、安全代表，由公安、安全总代表各自任免。双方须将任免名单相互通报。

第八条

各级中朝边境公安、安全代表任务如下：

一、中朝边境公安、安全首席代表任务是：负责讨论和制定维护中朝边境安全和社会秩序的工作相互合作的原则性问题。

二、中朝边境公安、安全总代表任务是：具体讨论和制定边境公安、安全首席代表会议所议定的事项、执行方法和步骤。

三、中朝边境公安、安全副总代表任务是：协助公安、安全总代表进行工作。总代表因故不能执行职务时由被指定的副总代表代行。

四、中朝边境公安、安全代表任务是：负责组织执行首席代表会议和总代表会议议定的事项及总代表、副总代表交办的事项。

第九条

双方各级边境公安、安全代表间互相联系及协商程序如下：

一、中朝边境公安、安全首席代表、总代表、副总代表、代表间的联系，日常事务用电话、书信、派人等方法直接进行。必要时可通过外交途径进行联系。

二、双方在交接犯罪嫌疑人员、非法出入境人员、各种物资及财产的时候，每次由双方协商，选择方便的地点进行。

三、中朝边境公安、安全首席代表会议每三年召开一次；边境公安、安全总代表会议每两年召开一次。

会议地点，采取双方轮流制。会议主席有回忆所在地的一方代表担任。

双方需要召开会议时，应当分别按下列时间，预先将开会日期、地点和议题通知对方并取得同意：中朝边境公安、安全首席代表会议在四十天之前；边境公安、安全总代表会议在三十天之前；副总代表和代表会晤在五天以前。紧急情况下，经双方协商，可不受规定的时间限制，随时举行会议、会晤。

各级公安、安全代表进入对方境内时，公安、安全总代表、副总代表须持中华人民共和国公安部部长、朝鲜民主主义人民共和国国家安全保卫部部长签发的代表证；公安、安全代表须持公安、安全总代表签发的代表证。

第十条

本议定书须经双方政府核准，并自相互通知之日起生效。如果双方在通知时间上不一致，则应自后一方通知之日起生效。

本议定书有效期为二十年，在期满六个月前，如果缔约任何一方未以书面形式通知另一方要求终止本议定书，则本议定书的有效期限将自动延长五年，并依次顺延。

本议定书于一九九八年七月八日在中华人民共和国首都北京签订，共两份。每份都用中文和朝文写成，两种文本具有同等效力。

中华人民共和国

公安部代表

李纪周

(签字)

朝鲜民主主义人民共和国

国家安全保卫部代表

李恒烨

(签字)

Abstract

A Review of North Korean Defectors in International Law

– Focusing on Related Chinese Policies –

Wang Yang
School of Law
the Graduate School
Seoul National University

The food shortage of the Democratic People's Republic of Korea (abbreviated as "North Korea") in the 1990s led to a surge in North Korean defectors, which led to domestic problems and diplomatic friction among the various countries. The number of North Koreans has increased steadily for a variety of reasons, and a significant number of related issues remain pending. The international community, including China and South Korea, are interested in North Korean defectors, but they are unable to provide effective solutions due to their large political differences. In particular, there is necessary to study China's position which plays an important role in resolving the North Korean defectors' problem. Over the years, hundreds of thousands of North Korean refugees have been living in exile in a vulnerable environment and their human rights are not well protected. Recongnising that the North Korean defectors problem is a very complicated and urgent problem, this study was started to find a way to contribute to the

feasible settlement, especially the legal solution of the Chinese side.

Considering the role of China, which is bordered by North Korea, is very important for the problem, it is very important to understand what the position of the Chinese government is and analyze it legally. For this purpose, the status of North Korean defectors in international law was reviewed first of all, and then whether the relevant laws, including the forced repatriation policy of China violate international law was also be analysed.

More specifically, in Chapter 2, we examined the Chinese government's position on North Korean defectors through three kinds of sources: related cases, Chinese government documents, and Chinese domestic law. Among them, I especially introduced the Chinese domestic law and analyzed the recognition procedure and the legal basis of "Indochina Refugees", which is the only refugee status admitted by the Chinese government. In the case of North Korean refugees, I compare it with "Indochina refugees" and "Myanmar border crossers " to find the legal applicable differences among them.

Furthermore, in order to analyze Chinese policy from an international legal point of view, it is necessary to examine the status of North Korean refugees in international law before. Therefore, in Chapter 3, I look at some of the identification requirements of convention refugees, economic immigrants, asylum-seekers, and others in the international community. Based on this, I studied the identification requirements applicable to North Korean refugees. As a result, even if the defector is not a refugee, he or she is entitled to basic protection from the Chinese government as a provisional refugee, a local refugee, and an asylum seeker.

In Chapter 4, I analyzed the Chinese position on North Korean defectors from the international legal perspective. In particular, I

analyzed the legal basis of the forced repatriation of North Korean refugees, the China-North Korea Protocol; the principle of non-refoulement under international law; and the duty of fulfillment obligations in Human Rights treaties such as protecting refugees in China. As a result of the analysis, it has come to a conclusion that the China-North Korea Protocol is not violated by the code of conduct at the time of the conclusion of the contract, and therefore is valid under international law. However, forcible repatriation of North Koreans to North Korea without a procedure for judging the international legal status of North Korean defectors is regarded as a violation of the principle of non-refoulement under the customary international law. Therefore, even if the Protocol itself is not invalidated, it is difficult to agree with relevant international law because it is a violation of customary international law. Based on this, a detailed review was added on which of the customary international law and treaty obligations will take precedence. In addition, the fact that North Korean refugees are forcibly returned to North Korea without conducting a fact-finding and refugee recognition procedure is at least a violation of the principle of non-refoulement under the Convention on Torture Prevention signed by China. Furthermore, North Korean defectors are entitled to schedule protection in China as an asylum seeker if they apply for asylum to UNHCR or the Chinese government. In addition, a series of international human rights treaties concluded by China, including the Convention against Torture, should be implemented.

Based on the legal analysis of China's policy on North Korean defectors, I proposed a possible improvement plan in Chapter 5. In view of the fact that there are no special laws or special regulations on refugees in China, it is suggested to introduce an urgent and appropriate process to recognize refugees in China. Given the

complexity of the legislative process and the political difficulties involved, it was suggested that the Chinese government make the rules or regulations instead of the refugee law as soon as possible. Also, considering that China is less likely to actively respond to it, it is expected that it will be more effective to request provisional protection from China first and to “resettle” them to third countries in the future. In terms of international law, the Chinese government may be obliged to fulfill its obligations under the international treaties and its obligations to cooperate with the UNHCR. By presenting such a solution, it is expected that the Chinese duty of protecting North Korean refugees could be implemented in accordance with international law and ultimately contribute to the solution of the problem of defectors in the future.

Keywords : North Korean defectors; refugees; the principle of non-refoulement; Chinese position; legal analysis; legal status; solutions.

Student Number : 2014-25170